IL FILANGIERI

IL FILANGIERI

RIVISTA GIURIDICA, DOTTRINALE E PRATICA

DIRETTA DAI PROFESSORI ED AVVOCATI

CARLO FADDA
dell'Università di Napoli

PIETRO COGLIOLO
dell'Università di Genova

per la parte dottrinale

ARTURO VEDANI

per la raccolta di giurisprudenza

ANNO XXVI - 1901

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Disciplini, 15 - Gall. De Cristoforis, 54
1901

Memorie originali

PER LA RIFORMA
DELLA
PROCEDURA PENALE

RELAZIONE

del giudice Cavagnari sui seguenti temi dei *Principii della Commissione ministeriale*.

1. Azione penale. — 2. Azione civile e rapporti fra giudicato penale e giudicato civile. — 3. Competenza. — 4. Citazione diretta e direttissima. — 5. Giudizio di Cassazione. — 6. Giudizio di revisione. — 7. Riabilitazione. — Procedimento di esecuzione (Incidenti d'esecuzione — Sospensione della sentenza — Casellario giudiziale — Condanna e grazia condizionale — Opera penale — Risarcimento del danno e provvedimenti conservativi — Coordinamento).

AVVERTENZE.

Fu saggia determinazione quella del ministro guardasigilli Gianturco di richiedere la magistratura del suo avviso sui *principii fondamentali della Commissione ministeriale* per la riforma del codice di procedura penale. Ma alla magistratura non fu concesso tutto il tempo necessario per discutere quei principii e per presentare più maturate ed organiche conclusioni. Mancò sopratutto il mezzo più efficace per apprezzare convenientemente le più gravi proposizioni adottate, vale a dire la comunicazione delle relazioni dei commissari. Non furono sufficienti i verbali della Commissione ministeriale, anche perchè in molte questioni fu rimessa la determinazione alla Sottocommissione, che, per quanto consta, non avrebbe ancora compiuti i suoi studi. Ad ogni modo si ebbe campo di manifestare il parere sui problemi fondamentali e formulare voti intorno ad essi.

Le assemblee generali dei magistrati presso il tribunale e presso la Corte d'appello di Milano concorsero volentieri alle discussioni. che furono vive e lunghe, specialmente nell'assemblea del tribunale.

Relatori per questo furono i giudici Sartorio, Raimondi ed io. Per la Corte d'appello fu relatore il consigliere Mortara.

L'assemblea del tribunale non accettò tutte le proposte mie nè tutte quelle degli altri relatori. È da notarsi che respinse l'azione popolare penale, il giudizio pei giurati, fatta eccezione

pei reati politici, la partecipazione della difesa all'istruttoria, drima dell'ordinanza di rinvio. D'altra parte ammise il principio dell'indipendenza assoluta del Pubblico Ministero dal potere esecutivo. Su questo punto fu unanime, spontanea, imponente la sua deliberazione.

Non riesce tanto facile fissare esattamente il carattere generale dei *principii adottati* dalla Commissione ministeriale. In massima essi rispondono a quelli sanciti nei più recenti codici stranieri e si ispirano ad una notevole prudenza legislativa, che in alcune parti fu però eccessiva.

A titolo di lode soggiungerò che la Commissione ministeriale si mostrò assai proclive a favorire la condizione dell'accusato e restìa a sopprimere le guarentigie processuali vigenti, alle quali anzi aggiunse altre. Ma, mancando, come si disse, gli studi e le proposte della Sottocommissione, il giudizio complessivo sul lavoro della Commissione riesce malagevole. Parmi però che possa essere definitivamente favorevole, data la condizione attuale delle idee, di fronte alle quali i principii vagheggiati dalla nuova scuola positiva si presentano immaturi, tanto più che essi non hanno potuto liberarsi ancora dalle prevenzioni e dalle diffidenze che alcune poco pensate conclusioni destarono, e dura tuttavia l'opera, a così dire, di orientamento e di coordinamento di quei principii e che non è possibile di ottenere se non quando le idee generali si scompongono, si notomizzano, si cimentano allo studio analitico dei singoli organi e istituti. Studiò analitico appena iniziato nel campo della procedura, mentre è molto avanzato nel campo del diritto penale. Per altro, alcune correnti del pensiero nuovo sono penetrate nell'ambiente della Commissione ministeriale, e quanto più si protrarrà l'incubazione della riforma, tanto più l'organismo che ne nascerà sarà robusto e integro e acquisterà gagliardia e importanza.

Quindi per questo rispetto appare meno urgente la riforma stessa, convenendo di lasciar modo che arrivino a maturazione tutti i principali fattori, concorrenti a rendere il prodotto legislativo definitivo, più conforme alla coscienza scientifica e popolare.

Ma vi ha un altro rispetto, meno generale, ma ugualmente notevole, sotto il quale la riforma non soffrirà nell'indugio.

Vuole la logica che la determinazione dell'organo preceda quello della funzione, perchè questa va proporzionata e adattata a quello. Pertanto la riforma giudiziaria, cioè degli ordinamenti della magistratura, dovrebbe precedere quella del codice del rito penale. Innanzi tutto buoni giudici, e poi buone leggi e buone istituzioni procedurali

In ogni caso molte delle questioni risolubili nella riforma della procedura rimasero pensili nelle discussioni e nelle deliberazioni della Commissione, appunto perchè lo studio della riforma giudiziaria impose, a così dire, una sospensiva.

Esiste poi pei magistrati una *questione morale*, che conviene di definire in via preliminare per dileguare una nebbia densa di

sospetti, di prevenzioni, di diffidenze che avvolge l'ambiente giudiziario. Sino a che esso rimane com'è ora, nessuna riforma della procedura può riuscire praticamente utile. I magistrati stessi desiderano vivamente di essere tolti dalla situazione penosa nella quale si trovano di fronte all'opinione pubblica. Oggi loro non può bastare la *coscienza del sentirsi puro*. E sarà più benemerito della causa della giustizia quel ministro che avrà l'animo e la sapienza di condurre in porto la riforma giudiziaria. La quale, come ho detto, dovrebbe precedere o accompagnare la riforma della procedura. Ma non potendo questa essere tanto sollecita, perciocchè le questioni economiche premano paese, parlamento e governo, così è a sperare che quella legge logica che ho sopra enunciata sarà rispettata per forza stessa delle cose.

Milano, dicembre 1900.

CAMILLO CAVAGNARI.

AZIONE PENALE.

Accusa principale o sussidiaria. — La Commissione vuole che l'esercizio dell'azione penale deve potere essere esercitato e sussidiato anche dai privati cittadini nelle forme e con le condizioni che saranno determinate; la parte lesa non deve essere ammessa ad esercitare direttamente l'azione penale, e soltanto deve avere facoltà di ricorrere al magistrato contro il Pubblico Ministero che si rifiuti di esercitare l'azione penale sulla sua querela.

Dunque permane il cosiddetto monopolio dell'azione penale nel Pubblico Ministero; ma limitato e controllato dal reclamo della parte lesa, alla quale viene a spettare non un'azione principale e diretta, ma sussidiaria e indiretta.

Implicitamente la Commissione respinse l'*azione popolare*, che pure è ammessa dal codice di procedura tedesco, dalle nostre leggi elettorali e sulle istituzioni di pubblica beneficenza.

Questo è un bene o un male?

Vi sono parecchi sistemi in vigore: la sola accusa privata come in Inghilterra; l'accusa privata insieme a quella del Pubblico Ministero, come nella Spagna; l'accusa della parte lesa di sua iniziativa e per adesione all accusa pubblica, come nella Germania, nell'Austria, nell Ungheria, in Norvegia, in Austria, ecc.; accusa privata temperata dall' obbligo della cauzione (Germania); dalla necessità del concorso del magistrato (Austria e Norvegia) assolutamente libera (Ungheria).

Questo metodo è da rifiutarsi senz'altro, sia perchè, come nota l'Alimena (*Giustizia penale*, 1900, pag. 1339 e seg.), riduce la persecuzione del maleficio ad un interesse di parte, sia perchè non si educano gli uomini a diventare cittadini, quando si dice loro che debbono acquietarsi dinanzi ai reati che colpiscono gli

altri, per muoversi solo nei reati da cui vengono personalmente colpiti.

L'accusa non può essere comunemente affidata ai privati cittadini, ma per molteplici ragioni deve essere affidata ad un apposito magistrato, che è il Ministero Pubblico.

Nella stessa Inghilterra, ove, come si è or ora ricordato, esiste l'azione popolare, si va mano mano costruendo l'istituto del Pubblico Ministero.

Tuttavia l'accusa pubblica non deve trasformrsi in monopolio, e quindi — quando il Pubblico Ministero non esercita l'azione — i privati cittadini, lesi o non lesi dal reato, *possono, quando lo vogliono, a loro rischio e pericolo, farsi accusatori essi medesimi*.

Il ricorso accordato contro il rifiuto del Pubblico Ministero al magistrato non elimina gli inconvenienti dell'accusa privata libera; tende a confondere l'accusatore ed il giudice; rend e quasi nulla la guarentigia che vuolsi concedere. L'obbligo della cauzione, avanti di esercitare l'accusa privata, sarebbe un pre sidio contro le facili accuse, e sarebbe efficacissima la soppressione di ogni disposizione, che somigli alla citazione diretta della parte lesa, di cui si parla negli articoli 331, 371 del vigente codice di procedura penale.

Ma, dato il sistema accolto dalla Commissione, preferiamo che il giudizio di delibazione, devoluto in sede di reclamo al magistrato, sia fatto dal giudice, anzichè dall'ufficiale del Pubblico Ministero, superiore a quello che emise il rifiuto, come si propone da qualche scrittore. Il principio che nei giudizi penali non si deve procedere alla citazione dell'imputato, se non previa richiesta di chi è autorizzato ad esercitare l'azione penale, è una diretta conseguenza del carattere ufficiale e pubblico dell'accusa, carattere che verrebbe meno quando alla parte lesa fosse consentita la prerogativa della citazione diretta dell'imputato.

Osservò il prof. Brusa in seno della Commissione che agli interessi privati della parte lesa meglio si provveda senza attribuire privilegi alla parte civile, perchè questi privilegi darebbero al risarcimento dei danni quasi un carattere di eccezione ed esclusivamente privato, mentre la tendenza progressiva volge invece ad attribuirvi un carattere di regola comune, di funzione inerente allo stesso ufficio della pubblica accusa.

La quale tendenza, come si vedrà a suo tempo, venne appunto realizzata dalle proposte della Commissione, colle disposizioni relative alla liquidazione dell'indennità alla parte lesa.

Apprezzamento generico delle istituzioni procedurali. — Per amore di verità e di imparzialità non sarà inutile avvertire che anche in mancanza di qualsiasi accusa privata o principale o sussidiaria, il cosiddetto ricordato monopolio del Pubblico Ministero non riesce dannoso in quel grado che comunemente si ritiene. Bisogna tener conto che sull'attività del Pubblico Ministero devono necessariamente agire tutti quei vari e utili coefficienti che si svolgono nell'ambiente di istituzioni libere, a forma

rappresentativa, e fra essi, principalmente il sindacato e il controllo dell'opinione pubblica, assiduamente e vivamente manifestantesi anche nei piccoli centri a mezzo della stampa, delle discussioni parlamentari, della pubblicità delle udienze.

Anzi questa considerazione dovrebbe essere sempre presente (ed io la tengo presente nelle mie osservazioni), quando si vogliono apprezzare gli effetti di qualsiasi istituzione.

Ogni istituto si connette, si collega con tutti gli altri, risente l'azione di essi, come delle condizioni generali dell'ambiente; onde quegli impulsi, quelle energie, che mancano alla sua propria indole e struttura, gli vengono da questa sua vita di relazione.

Carattere del Pubblico Ministero. — Secondo la disposizione dell'art. 129 dell'ordinamento giudiziario, il Pubblico Ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed è posto sotto la direzione del ministro della giustizia.

La Commissione ministeriale si acconciò alla dichiarazione del ministro, deliberando soltanto di prenderne atto, e quindi ammettendo che la disposizione dell'art. 129 risponde pienamente alle presenti condizioni giuridiche e politiche e che essa potrà servire di guida alla Commissione per i suoi studi.

Per ricercare se veramente questa rispondenza esista, bisogna tenere conto della proposta contenuta nel disegno di legge per la riforma della magistratura, e per la quale proposta ai rappresentanti del Pubblico Ministero sarebbe estesa la guarentigia dell'inamovibilità piena. Con questa guarentigia si torranno di mezzo gli inconvenienti derivanti dall'essere il Pubblico Ministero organo del potere esecutivo. Pare però, senza volere approfondire il grave tema della necessità che il potere esecutivo abbia, sotto la sanzione della responsabilità ministeriale, ingerenza nell'esercizio dell'azione penale specialmente in alcuni casi di particolare importanza per la stretta attinenza all'ordine sociale, che debba nuovamente fermarsi l'attenzione del legislatore sulla conclusione n. 3 della relazione Lucchini sull'azione penale: « Che la disposizione dell'articolo 129 ord. giudiz. riceva piena e franca applicazione, nel senso che il Pubblico Ministero, affatto distinto dalla magistratura giudicante, agisca sotto la palese ed efficace direzione e responsabilità del ministro della giustizia ». Con questo voto dell'onor. Lucchini, nel mentre si consegue lo stesso effetto dell'alta vigilanza del potere esecutivo sull'azione penale, si elimina, o, almeno, si attenua il pericolo che il Pubblico Ministero, quale rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, continui ad esercitare su questa un sindacato che ne possa menomare l'indipendenza.

Converrà altresì osservare su questo punto che se può per avventura essere fuori del còmpito nostro ricercare se il Pubblico Ministero, così come è considerato da detto art. 129 dell'ord. giudiz., risponda alle presenti condizioni politiche, vi entri senza dubbio ricercare se risponda alle condizioni giuridiche.

Ora, pensando a queste condizioni giuridiche, esse non possono se non riguardare le relazioni che possono crearsi tra il potere esecutivo e il Ministero Pubblico nei reati di carattere politico o in quei reati, nei quali fossero interessati capi degli Stati esteri o rappresentanti diplomatici. Perchè il Pubblico Ministero spieghi in questi casi l'azione penale non è d'uopo che esso sia un organo del potere esecutivo, perchè la sua iniziativa nasce dal suo ufficio medesimo, è inerente alla natura di questo, è propria del suo istituto.

La generale vigilanza che spetta al Governo su tutti i pubblici uffici e sulle persone che ne sono rivestite, può esercitarsi, senza bisogno di abbassare, come osservò il commissario professore Brusa, la dignità del magistrato investito dell'alta funzione dell'accusa al semplice livello di un semplice impiegato o politico o amministrativo.

Per trovare un'applicazione pratica di questa dipendenza del Pubblico Ministero dal potere esecutivo occorre fare l'ipotesi impossibile, o, quanto meno, inverosimile che un rappresentante del Pubblico Ministero non spiegasse l'azione pubblica in quei casi nei quali l'interesse politico e l'opinione pubblica lo reclamassero.

Ma se la sua inerzia non fosse in nessun modo giustificata, egli potrebbe senz'altro essere destituito dall'ufficio; e se opponesse un motivato rifiuto, dovrebbe essere contro di esso concesso il reclamo all'autorità giudiziaria, così come avverrà, secondo il progetto, nei riguardi della parte lesa.

E in ogni caso quella dipendenza lascia presupporre un'altra inverosimiglianza, che cioè il ministro per la giustizia non ecciti l'iniziativa del Pubblico Ministero.

Dunque, parmi che sotto qualsiasi aspetto si guardi giuridicamente tale quistione, non possa preferirsi che il Pubblico Ministero rimanga ancora rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, perchè di questa rappresentanza non possono aversi effetti buoni in rapporto all'indipendenza della magistratura, sia pure nelle sole apparenze, le quali, per ciò che concerne l'amministrazione della giustizia, equivalgono alla realtà, perchè si può giustificare il dubbio che l'azione penale sia subordinata a viste di opportunità, mentre, come fu già osservato da un chiaro scrittore, l'azione penale è potestà che muove da un debito giuridico.

Per giustificare il mantenimento dell'indipendenza del Pubblico Ministero dal potere esecutivo si osservò che altrimenti non si potrebbe concretare la responsabilità politica del Governo, o, meglio, la responsabilità ministeriale in faccia al Parlamento e alla nazione.

Ma se il Governo, per le sue naturali attribuzioni, deve avere l'alta vigilanza su tutti i funzionari dello Stato, questa responsabilità ugualmente si concreta. D' altronde la responsabilità stessa è così intima e essenziale al Governo, e specie nel Governo di gabinetto, che accompagna tutte le amministrazioni e gli atti dei poteri pubblici e dei loro organi e mandatari.

Il carattere giudiziario da attribuirsi al Pubblico Ministero non menoma la responsabilità ministeriale nei rapporti col funzionario dell'accusa, osserva giustamente il prof. Brusa, la quale è nell'indole del Governo parlamentare, ed in Inghilterra si estende fino nei rapporti coi giudici.

I poteri dello Stato non agiscono separati l'uno dall'altro, non emanando esclusivamente dalla Corona; anzi il Gabinetto è il Comitato esecutivo designato dal Parlamento e più particolarmente dalla Camera dei deputati. Ma l'armonica distinzione delle funzioni della sovranità non implica che si abbassi il giudice e il Pubblico Ministero al disotto della dignità dell'ufficio giudiziario, che sono dalla legge chiamati a compiere, sotto il triplice rispettivo sindacato, civile, penale e disciplinare.

Irrevocabilità dell'azione pubblica. — È da meravigliare che nel seno della Commissione non si sia fatta discussione intorno al principio — l'azione penale, una volta promossa, deve essere irrevocabile — come se tale principio fosse davvero indiscutibile. Ciò che non parmi, perchè se al Pubblico Ministero spetta l'esercizio dell'azione penale, deve pure spettargli per logica conseguenza anche la facoltà di recederne, quando creda che, col proseguirla, uscirebbe dalla sfera della legalità, e dico, della legalità, non dell'opportunità, perchè questo criterio, come ho già osservato, non deve pesare mai sulla bilancia della giustizia. L'esercizio di simile facoltà recherebbe non poco vantaggio all'imputato, in quanto l'abbandono dell'azione penale, sino dai primi inizii, risparmierebbe a lui grandi dispiaceri inevitabili nella istruttoria e nel giudizio, anche se finiti con esito favorevole, e risparmierebbe alla parte denunciante ragioni eventuali di responsabitità civile verso l'imputato. Che se in quell'abbandono vi fosse arbitrio, rimane sempre alla parte lesa il reclamo al giudice.

Cade in grave errore chi opina che l'irrevocabilità dell'azione penale proclamata dal progetto sopprima senz'altro l'istituto della rimessione nei reati d'azione privata. Evidentemente il progetto si riferisce all'azione pubblica, spettante al Ministero Pubblico. Ad ogni modo sarà bene uno schiarimento in proposito.

Procedura speciale per le contravvenzioni. — Colla proposta contenuta nel principio giusta il quale per le contravvenzioni di competenza pretoriale importanti pena pecuniaria da determinarsi, il giudice deve infliggere, mediante decreto, la pena dovuta senza procedere a giudizio, salvo però il diritto dell'imputato di essere giudicato colle norme ordinarie ad udienza previamente determinata, si vuole trasportare nella nostra legislazione, benchè entro confini ristrettissimi, l'istituto del così detto *mandato* o *precetto penale* della legislazione austriaca e germanica.

Non è possibile non partecipare alle esitanze del prof. Lucchini nel fare simile proposta. Giustamente egli non si dissimulò il pericolo che la frequenza dei ricorsi per provocare i giudizi possa annullare i beneficî che si sperano conseguire col nuovo sistema di procedimento nelle lievi contravvenzioni.

Certo che l'istituto novello si raccomanda, perchè serve a sgombrare i tribunali di un grandissimo numero di giudizi contravvenzionali, che presso di noi assorbono un'attività dei magistrati, preziosa per le cause di maggiore importanza. Ma questi vantaggi non valgono a compensare del danno che nascerà dal sopprimere le guarentigie di un formale, per quanto semplice e rapido, giudizio.

In Germania e in Austria tale procedimento è applicato anche per le contravvenzioni punibili con la pena dell'arresto di breve durata; ma sino a questo punto non dovrebbe mai venire applicato presso di noi. Sarebbe una estensione seriamente pericolosa.

Se la novità si realizzasse, dovrebbe essere accompagnata da alcune norme rigorose.

L'istituto rimarrebbe ristretto entro quei confini, stabiliti dal progetto, senza che per alcuna ragione se ne possa uscire.

Ogni verbale di contravvenzione deve essere notificato a colui contro del quale sarà stato elevato e contenere l'avvertenza che il pretore emetterà sul verbale medesimo il suo decreto, salvo a lui il diritto di richiedere dopo il giudizio nelle forme ordinarie.

Al pretore non sia imposto, come parrebbe dai termini nei quali è formulata la proposta della Commissione, irrogare la pena; ma che egli conservi sempre la sua libertà di giudicare e quindi anche di prosciogliere l'imputato, quando creda giuridicamente inesistente la contravvenzione e non più perseguibile, e di procedere a successive indagini, qualora la contravvenzione denunziatagli non gli sembri dal processo verbale sufficientemente accertata.

Senonchè giova insistere nell'affermare che migliore partito è quello di lasciare invariato il sistema vigente, salvo le modificazioni processuali che occorressero.

Le guarentigie del giudizio sono vivamente sentite nel nostro paese, collegandosi alle nostre tradizioni e istituzioni politiche. Potranno parere, nella maggior parte dei casi, inutili; un caso straordinario può condurre a deplorare la soppressione anche delle meno importanti. Meglio è lasciarle cadere in desuetudine, se non hanno più ragione d'essere e la coscienza pubblica non le reclama.

Del resto già la necessità e la logica delle cose hanno esercitato la loro irresistibile azione, perciocchè è noto che, malgrado il contraddittorio portato dal sistema vigente, i processi per contravvenzione procedono telegraficamente.

E forse verrà tempo in cui si cercherà di porre un freno a questa rapidità di giudizio, per la modificazione che verrà recata dall'evoluzione scientifica nel concetto della contravvenzione, e sopratutto nell'elemento soggettivo della responsabilità corrispondente.

Anche la contravvenzione rivela un carattere di temibilità e pericolosità nel suo autore, carattere che può essere effetto di deficienza di attenzione e di potenza inibitrice e distributrice o

di altri vizi o lacune nella costituzione psico-fisica dell'individuo; per modo che, come vi può essere un abito criminale, vi può essere un abito, a così dire, *contravvenzionale* (1).

Questa tendenza di unificazione dei concetti del delitto e della contravvenzione, della colpa penale e della colpa civile, della responsabilità penale e della responsabilità civile, e per la quale la responsabilità delle contravvenzioni andrà sempre più diventando niente di più che una mera degradazione della responsabilità penale ed un grado intermedio fra la responsabilità penale dei delitti e la responsabilità civile, le quali responsabilità non toccano quindi che i due poli estremi nella sfera dell'efficienza antigiuridica degli uomini, questa tendenza è già viva ai nostri giorni.

Il legislatore non può trascurarla, quantunque sia ancora lontano il tempo in cui acquisterà tanta potenza da imporgli un regolamento *ad hoc*. Però tanto più saggio è quel legislatore che pensa all'avvenire tenendo conto delle condizioni che vi troveranno più adeguato adattamento. E nel frattempo vanno mantenute quelle guarentigie, le quali assicurano che le indagini di quell'elemento soggettivo della contravvenzione saranno compiute con tutta la larghezza e con tutta la libertà, volute dalla loro intrinseca natura e importanza.

Ma pur prescindendo da questa aspirazione, forse troppo idealista, sta sempre la considerazione dell'utile politico che si produce nella conservazione delle forme attuali.

Che se nella riforma proposta è stabilito il diritto nell'imputato di essere giudicato dalle forme ordinarie, questa guarentigia non è bastevole, perchè si presenta sotto le sembianze di misura straordinaria, eccezionale, quasi un espediente, o privilegio messo a disposizione del privato e dipendente dalla sua volontà, o, meglio, dalla condizione sua personale, la quale varia col variare degli individui; onde in ultima analisi parrà un trattamento di favore per gli abbienti, a cui naturalmente torna facile esercitare il reclamo e difendersi in formale giudizio.

La legge è invece chiamata a scemare sempre più i motivi e le occasioni di disuguaglianza, e le guarentigie che essa pone nei giudizi devono essere imperativi e generali.

Iniziativa del Pubblico Ministero a favore dei minorenni. — Un principio causa di ulteriori provvide riforme è quello di interessare il Pubblico Ministero ad iniziare il procedimento e a promuovere la costituzione di un rappresentante speciale dei minorenni e degli incapaci che nascono sprovvisti, nei delitti perseguibili a querela di parte e commessi in loro danno.

Nell'intendimento della Commissione il concetto della proposta è quello che il Pubblico Ministero, indipendentemente dalle formalità del codice civile, le quali sono lunghe e complicate, abbia

(1) Vedi *Delitti colposi*, studio sociologico giuridico dell'avv. ALFREDO ANGIOLINI, Bocca, Torino 1900.

modo di provvedere ad una rappresentanza ***speciale*** dei minorenni e degli interdetti, la quale deve però essere sempre la rappresentanza ***legale*** del codice civile.

Quindi la sostanza della riforma consiste nel sollecitare per il fine della querela e del successivo giudizio la rappresentanza del minore e dell'incapace, senza attendere l'osservanza delle formalità del codice civile. Però il rappresentante dovrà essere sempre quello stabilito nel codice civile e spetterà a lui di deliberare intorno alla produzione della querela. Avremo insomma un curatore speciale per la querela, come abbiamo i curatori speciali per determinati affari e contratti in causa di opposizione di interessi fra la rappresentanza legale del minore e questo medesimo.

La nomina del curatore spetterà naturalmente all'autorità giudiziaria, dinanzi alla quale dovrà prodursi la querela e incoarsi il giudizio.

La delegazione del rappresentante speciale dovrà essere ***definitiva***, nel senso cioè che essa sarà sottoposta alla ratifica del potere tutelare ordinario.

Avuto riguardo allo scopo di protezione che informa il proposto provvedimento, sembra conveniente che essa debba estendersi anche a favore di quei minorenni ed incapaci, che, pure essendo provvisti di rappresentanza legale, pure questa sia trascurante dei propri doveri, in guisa da dover essere negli effetti considerata come inesistente.

Pur troppo questa è condizione frequente, a cui è tardivo rimedio quello normale, stabilito dal codice civile. In questo caso la rappresentanza speciale deve essere necessariamente diversa da quella stabilità dal codice civile.

Sarà bene che la nuova disposizione abbia ad escludere espressamente la donna maritata, per togliere ogni dubbio che ella sia compresa fra gli incapaci, prendendo il concetto di incapacità in senso lato.

Ma la ragione principale per cui la proposta riforma è raccomandabile parmi quella del riconoscimento, che essa implica, della convenienza sociale e giuridica che ai minorenni, sia come parte lesa, sia come autori di un reato, sia creata una condizione particolare, un trattamento speciale, secondo che è richiesto dalle naturali e giuridiche esigenze della loro protezione ed educazione e da quelle della prevenzione sociale.

*Programma del **Comitato per la difesa giuridica dei minorenni**.* — Anzi la convenienza di questo trattamento speciale mi pare così grande e manifesta, che pei minori e per gli incapaci, danneggiati da reati, vuoi d'azione privata, vuoi d'azione pubblica, dovrebbe senz'altro il Pubblico Ministero assumerne la rappresentanza, come il primo suo naturale e legittimo patrono, in forza del suo medesimo istituto, ed in quanto ai minori ed incapaci, autori essi medesimi di delitti, la ragione del trattamento speciale deve spingere ad adottare quelle norme particolari per la difesa giuridica e pel patronato dei minorenni tratti in giudizio,

che io ho proposte e illustrate nel programma della istituzione, da me promossa e che si intitola appunto *Comitato di difesa giuridica e di patronato dei minorenni traviati, giudicabili e delinquenti* (1).

In riguardo bisognerà tenere presente l'ufficio dei poveri e di tutela che andrebbe a costituirsi coll'approvazione del progetto dell'on. Gianturco sulla riforma giudiziaria. La difesa dei poveri, tanto nelle cause civili come nelle penali, e la vigilanza della tutela sarebbero affidate ad un ufficio speciale e permanente presso il tribunale provinciale.

Parrebbe che le due nuove istituzioni dovrebbero coordinare la loro azione, quando si trovasse la convenienza di stabilirle insieme.

Azione civile e rapporti fra giudicato penale e civile.

Condizione della parte civile. — A vero dire, su questo punto io ero tentato di propugnare più larghe e radicali riforme, rispondenti a forti correnti scientifiche di questi ultimi tempi e che penetrarono anche nell'ambito della Commissione. Ma mi sono convinto che il sistema vigente ha troppe profonde radici nella coscienza degli scrittori, nelle leggi e nelle consuetudini, per acconsentire innovazioni che oltrepassino i limiti di semplici riforme, come ebbe ad osservare il senatore Pessina in seno alla Commissione.

D'altra parte, la Commissione, se non ha voluto contenere la parte civile nei suoi limiti naturali, bisogna tuttavia saperle grado delle soluzioni accolte nel capitolo della esecuzione, in ordine alle indennità, colle quali soluzioni soddisfa in parte non solo ai voti della dottrina, ma più ancora al bisogno supremo che le vittime dei delitti abbiano il dovuto indennizzo, bisogno che ora è quasi assolutamente trascurato, come lo provano i programmi e i voti dei congressi internazionali penitenziari e di antropologia criminale e delle sezioni dell'unione di diritto internazionale di diritto penale, nei quali questo tema è un eterno ritornello.

Quindi si conservi pure alla parte lesa il diritto di intervenire nel giudizio penale, come *parte civile*, e quindi come parte principale, cooperatrice del Pubblico Ministero.

---

(1) Questa istituzione, che ha la propria sede in Milano presso il Collegio degli avvocati, è già entrata in funzione, ed ebbe gli incoraggiamenti e gli elogi del ministro Gianturco. Risponde a concetti moderni e positivi. La sua divisa è *Giustizia e Carità*. Si è distinta in parecchie branche o sezioni. Difesa penale; provvediment pupillari; beneficenza; patronato. Vi sono annessi il *Collegio degli avvocati dei minorenni poveri*, con apposito albo e regolamento e la *Commissione di pedagogia forense*, che si propone di studiare il fanciullo traviato e delinquente sotto l'aspetto psichiatrico, psicologico e pedagogico, allo scopo di illuminare la ricerca del giudice sul discernimento e sulla responsabilità del minorenne, stabilendo anche una *carta biografica* di esso, costituita col concorso di dati antropometrici e antropologici.

L'istituto è diretto da magistrati e avvocati particolarmente.

Ma va meglio regolata la sua ingerenza nei punti essenziali della sua costituzione e dei rimedi di legge.

Si conservi, riguardo al primo punto, alla parte offesa di costituirsi parte civile in ogni stadio del procedimento, ma si stabilisca, secondo che è proposto, che dopo il rinvio al giudizio dell'imputato, quella costituzione si faccia entro un determinato termine che precede l'apertura del dibattimento, e che dovrebbe partire dalla notificazione della citazione all'imputato.

In tal modo quest'ultimo viene in tempo a conoscere che deve lottare contro un secondo avversario, e ordinariamente il più accanito, e provvedere convenientemente alla sua difesa.

Se la costituzione avviene durante l'istruttoria, è logico che le questioni di ammissibilità della parte civile debbono essere decise definitivamente in questa sede, salvo alle parti i gravami nei modi di legge; e quando invece avviene dopo l'invio a giudizio, tali questioni, salvo sempre i gravami di legge, siano decise pregiudizialmente nel dibattimento.

Ma non è meno logico che se, dopo l'invio a giudizio, sopravvengono o si scoprono fatti nuovi (come una transazione), le parti debbono avere diritto di far valere le loro ragioni in favore o contro l'ammissibilità della parte civile nel dibattimento.

In quanto ai rimedi concessi alla parte civile prevalse nella Commissione il partito di conoscere lo *statu quo*, malgrado le saggie osservazioni dei commissari Brusa e Vacca, i quali dimostrarono come coi rimedi dell'opposizione, dell'appello, ecc. si contraddica ai principii fondamentali che nella sede penale informano l'esercizio dell'azione civile. Imperocchè il legislatore, mentre muove dal concetto che l'azione civile sia accessoria della penale, consente che la parte civile da parte accessoria diventi, col rimedio dell'opposizione, parte principale, e che con l'appello e col ricorso per cassazione si mantenga in vita il procedimento penale per i soli interessi civili.

Sarebbe invece assai più logico che la parte civile, quando non può più proseguire l'azione civile nella sede penale, perchè l'azione penale è rimasta estinta dal giudicato, debba far valere la sua azione nella sede civile.

Parmi che queste osservazioni possano richiamare ancora l'attenzione dei riformatori sulla convenienza di eliminare questa contraddizione e restringere le facoltà della parte civile. Tuttavia non è superata l'obbiezione che colla soppressione di quelle facoltà si renda quasi illusorio l'intervento della parte civile nel giudizio penale e si possa offendere il principio di uguaglianza giuridica delle parti.

E fu certamente per rendere omaggio a questo principio che la Commissione accordò ulteriormente alla parte civile, pei soli vizi di forma, il ricorso di Cassazione contro le sentenze della sezione d'accusa che pronunzierà sulla opposizione prodotta dalla stessa parte, avverso le ordinanze di non luogo della camera di consiglio o del giudice istruttore, considerando quel rimedio del ricorso come complemento del gravame di opposizione.

Restano nello stesso tempo fermi i principii che i rimedi della parte civile non hanno altro scopo che gli interessi civili, e non possono impugnare mai l'assoluzione dell'imputato nel giudizio di merito.

Influenza del giudicato penale nel giudizio civile. — Assai grave è la questione dell'influenza del giudicato penale nel giudizio civile pel risarcimento dei danni. Sono note le molteplici e intricate dispute intorno all'applicazione dell'art. 6 del vigente codice di procedura penale.

In massima il progetto non varia i termini di quell'articolo; e fece benissimo, perchè, come osserva il prof. L. Mortara (1), l'esame analitico di questa disposizione convince dell'impossibilità di una formula unica e invariabile per definire l'autorità del giudicato penale di fronte alla giurisdizione civile, onde esso è importante non meno per il precetto che esprime quanto per ciò di cui tace. Tuttavia le ipotesi di proscioglimento non espresse nell'art. 6 possono essere classificate o raggruppate separatamente secondo la natura diversa dei loro motivi fondamentali.

In massima il progetto, ripetesi, non muta i termini di quell'articolo, e fece benissimo, di fronte alla difficoltà grandissima suaccennata. Però l'aggiunta portata dal progetto all'art. 6 è già di grande importanza e ne modifica radicalmente l'applicazione, comprendendovi il caso che l'imputato sia stato assoluto anche ***perchè non risulti provato che non ha commesso il fatto, nè che vi ha avuto parte.***

Secondo la più corretta dottrina. se mancano ***sufficienti prove*** intorno al fatto, oppure intorno alla partecipazione dell'imputato, il giudice penale non può accertare nè escludere il reato, e la sua punibilità, quindi la sentenza non esaurisce in modo integrale l'istanza per la reintegrazione del diritto subbiettivo dello Stato; conseguentemente essa non può esercitare autorità giurisdizionale diretta e definitiva sul diritto del privato che sta nel giudizio solo per ragione di collegamento con quello dello Stato. Tali decisioni lasciano in generale la possibilità di riapertura del giudizio penale o di esercizio di ulteriori azioni in quella sede; non può dunque essere logicamente impedito per esse al privato (nella sede civile) ciò che rimane salvo e permesso per lo Stato.

Ora la modificazione del progetto condurrà invece a creare un ostacolo nuovo all'esercizio dell'azione civile in ordine al risarcimento dei danni, mentre manca per esso la ragione che determina gli altri, previsti dall'art. 6 cod proc. pen.

Ben è vero che l'intenzione del progetto è quella di dar luogo al nuovo impedimento solo in confronto della parte lesa ***costituitasi parte civile***, per prevenire la contraddizione dei giudicati, siccome osservò in seno alla Commissione il senatore Pessina. Ma non si è considerato che il pericolo della contraddizione dei

---

(1) *Trattato di proc. civ.*, Vallardi, Milano 1900.

giudicati non vi è, dal momento che non avendo potuto in quel caso la sentenza penale esaurire, come già dissi, in modo integrale l'istanza per reintegrazione del diritto subbiettivo dello Stato, non può costituire cosa giudicata nemmeno di fronte alla parte lesa, costituitasi parte civile.

Va poi rilevata la contraddizione tra questa aggiunta del progetto e il principio che esso pure vuole rispettato, della posizione importante, principale della parte civile nel giudizio penale.

Evidentemente la parte civile decaderebbe da tale posizione col diverso trattamento fattole in confronto della parte lesa, non costituita parte civile.

Inoltre conviene avvertire che nello stabilire quale sia l'autorità del giudicato penale di fronte alla giurisdizione civile, non sono le regole proprie dell'istituto della regiudicata civile quelle che devono dirigere la ricerca, la quale invece ha per oggetto, più genericamente, la delimitazione degli uffici giurisdizionali allo scopo per cui questi, come funzione di sovranità, sono esercitati.

Da ultimo non si perderà di vista l'altro concetto generale che la connessione dei due giudizi penale e civile che si realizza coll'istituto della parte civile non va giustificata, come è costume, col vieto argomento della prevalenza dell'interesse collettivo sull'interesse privato, e quindi della prevalenza della giurisdizione penale sulla civile, comechè la prima abbracci una più doppia sfera di effetti, ma va invece giustificata colla più solida ragione del carattere collettivo dell'azione penale, per cui l'azione dello Stato per l'accertamento del reato in sè compenetra quella del privato; quindi si viene ad esercitare per un interesse collettivo, a cui il danneggiato partecipa come cointeressato, come un ***necessario consorte in lite dello Stato.***

(*Continua*). C. CAVAGNARI.

L'enfiteusi, tanto pel diritto romano che per le ab. ll. cc. napoletane, e più ancora pel cod. civ. ital. rappresenta due dominii « pro diviso » : opinioni contrarie del Fulci e del Colamarino; del Mirabelli, del De Crescenzio e del Laurent.

CAPO I.

TEORICA DEI DUE DOMINII « PRO DIVISO ».

Sia per diritto romano, come per la legislazione del 1819, e più ancora pel codice civile italiano l'enfiteusi rappresenta due dominii *pro diviso*; l'uno del concedente o direttario, che riscuote il canone come equivalente ed in ricognizione del suo dominio eminente; l'altro del concessionario od utilista che

gode e dispone del fondo, rispettando il diritto del direttario, e fa sue le migliorie, sciolta che sia l'enfiteusi. Codesto condominio non è « pro indiviso » — *totus in toto et totus in qualibet parte* — stantechè siffatta proprietà presuppone, necessariamente, di appartenersi ai condomini la medesima specie di diritti esercibili sul fondo comune, e di non potere alcuno di essi farne esclusivo uso sur una porzione dell'immobile, appartenendone l'egual diritto all'altro comproprietario. « Nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis, pro indiviso, pro parte dominium habere », L. 5 frag. del § 5 ff. *commodati*; ed altrove: « Quodummodo sibi alienum quoque jus praeripit, si quasi solus dominus sit, ad suum arbitrium uti jure communi velit », L. 11 ff., *si servit. vindicat.* Invece il condominio del concedente e dell'enfiteuta è *pro diviso*, imperocchè ciascuno di essi ha sull'immobile distinti diritti, che l'uno esercita sulla sostanza, e l'altro sulle utilità della medesima cosa: onde mentre l'obbietto de' loro diritti è materialmente lo stesso, idealogicamente e giuridicamente è diverso, esercitando il domino diretto il suo diritto sul valore del canone, l'enfiteuta su quello reale del fondo e delle sue migliorie.

Epperò nell'enfiteusi sono due dominii distinti ed autonomi, in virtù dei quali ciascuno esercita un proprio diritto reale ed immobiliare circoscritto all'obbietto di esso; e non è esatto dire che l'uno sia prevalente sull'altro: essi sono invece indipendenti ed uguali. Che se nell'enfiteusi antica può rilevarsi una certa prevalenza del diritto del direttario su quello dell'utilista, mercè la prelazione ed il laudemio, che dal codice italiano furono aboliti, appunto perchè implicano una tal quale soggezione, costituendo un vincolo alla libera commercialità dei beni; codesta prevalenza però non è sufficiente per far sconoscere la coesistenza di due dominii, quando i loro limiti sono ben delineati. Imperocchè, se richiedevasi il consentimento del direttario in caso di vendita da parte dell'enfiteuta, era però posto un termine perentorio e breve di due mesi per l'esercizio di questa facoltà, decorsi i quali l'enfiteuta acquistava la libertà piena del suo diritto e poteva vendere; d'altra parte il laudemio fu da Giustiniano limitato alla 50.ª parte del prezzo. Aggiungasi, non va dimenticato, che il diritto di proprietà è soggetto a limitazioni, che possono talvolta raggiungere un alto grado; onde potrà dirsi che il diritto dell'utilista nelle antiche enfiteusi era molto limitato e circoscritto da quello del direttario; ma non è lecito negare al primo un vero diritto di proprietà. Scomparsa poi col vigente codice la rilevata prevalenza, l'utilista esercita liberamente i suoi diritti domenicali; e se della cosa non può abusare, questa limitazione deriva dallo scopo stesso del contratto, che egli ha liberamente stipulato, scopo che è ritenuto d'interesse generale, « ad meliorandam possessionem ». Il Rosmini insegna: « La proprietà diretta non è che un complesso di diritti che limitano *il diritto di proprietà* di quello che si chiama il proprietario utile, come la proprietà indiretta non è che un

complesso di diritti che limitano *il diritto di proprietà* di quello che si chiama proprietario diretto o proprietario » (1).

Quindi la limitazione dei diritti intercedenti fra il dominio diretto e l'utile è scambievole; ed a noi non pare, con l'autorità del sommo filosofo, testè ricordato, che la coesistenza dei due dominii nell'enfiteusi ripugni al diritto razionale, come rileva il Perna — di cui riferiremo appresso — soggiungendo egli che però ciò è un fatto innegabile, innanzi a cui debbono cedere tutte le astrattezze dei principii.

Nè, con tutto il rispetto che professiamo per l'illustre Mirabelli, ci pare grave l'obiezione che egli fa contro la teorica da noi propugnata, di non potersi il condominio « pro diviso » nell'enfiteusi paragonare a quello che si verifica nella comunione dei muri (2). Ma dell'opinione dell'insigne giurista, che con plauso di tutti fu per tanti anni presidente del nostro supremo Collegio, dobbiamo occuparci di qui a poco, e non giova parlarne in questo posto per non essere costretti a ripeterci.

Continueremo invece la dimostrazione della nostra tesi, occupandoci del diritto romano, della legislazione del 1819 e di quella vigente, e riportando in ultimo alcuni esempi di giureprùdenza, il tutto racchiudendo in un sol capo diviso in quattro paragrafi; e poi, in un secondo capo, tratteremo delle opinioni contrarie alla nostra, studiandoci di confutarne la dottrina nel miglior modo che ci sarà possibile; perchè noi non accettiamo la teorica che dà tutto all'enfiteuta, lasciando al concedente un semplice *jus in re aliena*, e respingiamo parimenti l'opposta teorica che ritiene questi soltanto il vero proprietario.

§ 1. Diritto romano.

Stimiamo trattare brevemente, per quello che è necessario al nostro tema, dell'enfiteusi romana, sia perchè crediamo che la moderna enfiteusi non sia una *nova conceptio*, ma la continuazione dell'enfiteusi romana migliorata ed ammodernata, secondo i mutati bisogni ed i progressi conseguiti, onde lo studio di questa ci serve a far meglio conoscere quella; sia perchè le enfiteusi create prima del 1819 vanno regolate secondo il diritto romano, onde codesto studio riesce pure di utilità pratica; e sia pure perchè avviene a tutti che, quando si è in compagnia dei giureconsulti romani, ci si sente più forti e più sicuri delle proprie opinioni.

Il Cujacio, il Donello (3), l'Ubero ed il Fabro combattono la nostra teorica. Il primo, alla l. 74 dig. *de rei vindicat.*, così scrive: « Quod jus doctores nostri appellant utile dominium sed perperam. Nullum est dominium utile: omne dominium est directum.

---

(1) V. Rosmini, *Filos. del dir.*, t. I, p. 455 (Edizione Milano).
(2) V. Mirabelli, *Diritto dei terzi*, vol. II, p. 513.
(3) V. Donello, *Comm. jur civ.*, pars tertia.

quod nihil est, quam jus proprietatis: vel jus ejus, quo qui factus, rem suam propriam esse asserit ». L'Ubero dichiara che la sua scuola non dissente sulla distinzione dei due dominii, ritenendo che il concessionario abbia un *jus in re* così esteso da paragonarsi *quasi* ad un dominio, ma dice di combatterla, perchè la sua scuola non può parlare il linguaggio di un secolo barbaro. Ed è notevole questa confessione con cui chiude il suo discorso: « Quamquam in foro solecismos tales anxie fugiendum est, nemo prudens dixerit » (1). Il Fabro finalmente così si esprime: « Ineptam esse distinctionem utilis et directi dominii; nec nisi unum esse dominium quod, neque directum, neque utile dicendum est, sed dominium sempliciter, quod totus est penes eum qui emphyteusim concessit » (2).

Il Thibaut, che nell'argomento rappresenta la scuola moderna tedesca, ripete le osservazioni e le censure di Cujacio e di Donello. Egli confuta energicamente la teorica del dominio utile come vera proprietà dell'enfiteuta col solo onere di pagare il canone, e sostiene che per le leggi romane il dominio resta pieno nel concedente, e l'enfiteuta non ha che un *jus in re aliena* (3).

Büchel (4) ed Elvers (5) opinano che l'enfiteuta non abbia un vero diritto, e che le azioni a lui concesse non siano *quod ad jus*, ma *quod ad exercitium*. Glück, Duroi, Tigeström e Schröten invece riconoscono nell'enfiteuta un vero *dominium utile*; ed il Kuntz dice più esplicitamente che il diritto conceduto dal proprietario all'enfiteuta è una parte del dominio (6). Quest'ultima teorica è seguita dall'Arndts (7).

Noi ci atterremo strettamente alle fonti del diritto, per sostenere nel modo più semplice, ma crediamo eloquente, che la nostra teorica trova valido appoggio nelle leggi romane. Invero la l 1 *si ager vectigal* concede all'enfiteuta l'esercizio dell'azione rivendicatoria anche contro il concedente: « tamen placuit competere iis in rem actionem etiam adversus ipsos municipes ». Or codesta azione era concessa solo a chi aveva sulla cosa il *dominium plenum*, od almeno il *minus plenum*, come si rileva dalle l. 34 e 66 D. ff. *de rei vindicat.* e 30 C. *de jure dot.*; non bastava, per ottenerla, avere un semplice diritto reale sulla cosa. Nel § 3 *Institut. de loc.* è dichiarato che l'enfiteuta ha il godimento del fondo e ne può disporre; codesta facoltà del disporre fa esulare il concetto di un *jus in re aliena*. Le l. 31 D. ff. *de pignorib. et hypotec.* e 16 D. ff. ult. *de pignorat. action.* accordano all'utilista la facoltà d'ipotecare il fondo sotto la condizione risolutiva della garentia ipotecaria pel caso si risolva il contratto

---

(1) V. Ubero, *Comm. jur. civ.*, pars prima e pars seconda.
(2) V. Fabro, *De laud.*, Decad. 2, error 8, n. 11.
(3) V. *Revue*, II, 355, 356 con nota.
(4) V. Büchel, *Comm. jur. civ.* (2.ª ediz.), vol. I, p. 301 e segg.
(5) V. Elvers, *Comm. jur. civ.*, § 34.
(6) V. *Rivista* di Heidelberg, vol. II, p. 263.
(7) V. *Revue* de Leide, N. S. II. 7.

di enfiteusi; quindi esse dichiarano di avere l'enfiteuta il dominio, sebbene risolvibile, perchè si può dare ad ipoteca il proprio non l'altrui fondo, come insegnano la l. 6 C. *quae res pignor. obligat.* e la l. C. *si alterius res pign. data sit.* Finalmente le l. 4 e 12 C. *de fund. patrim.* e 5 *de diver. praed.* qualificano gli enfiteuti « fundorum domini ».

Da tutte le ricordate leggi, e da altre di cui facciamo soltanto cenno in nota (1), risulta chiaro, a noi pare, che nell'enfiteusi è dai giureconsulti romani riconosciuta la coesistenza di due dominii « pro diviso ». Anzi la nomenclatura, che non è stata fedelmente riportata nel nostro codice, di dominio diretto e di dominio utile, riproduce codesto concetto, perchè si sa che furono i Glossatori che dalla distinzione dell'azione in *directa et utilis* assorgendo alla causa di essa, ossia al diritto che l'azione dovea tutelare, dissero dominio diretto quello che era riconosciuto dalla legge *direttamente*, e dominio utile quello, che a simiglianza del dominio del concedente, apparteneva all'enfiteuta.

§ 2. **Leggi civili napoletane.**

Le ll. cc. napoletane, le più fedeli alla tradizione romana, definiscono così, nell'art. 1678, l'enfiteusi: « È un contratto, in virtù del quale si concede un fondo coll'obbligo di migliorarlo e di pagare in ogni anno un'annua determinata prestazione in danaro o in derrate, in ricognizione del dominio del concedente ».

Or se codesta concessione porta seco la riserva di dominio, produce pure trasferimento del godimento, che, come proveremo esaminando le susseguenti disposizioni di quelle leggi, è pieno nel concessionario; onde costui ha diritti indipendenti ed uguali a quelli del concedente. La riserva del dominio in quest' ultimo mira a raggiungere l'obbiettivo del contratto d'enfiteusi, che è d'interesse generale, il miglioramento dei fondi, perchè non ottenendosi questo, sorge e si attua il diritto alla devoluzione del fondo. L'espressa dichiarazione poi, che l'annua prestazione può essere in danaro od in derrate, dinota quale sia la natura e l'essenza di codesta prestazione, ossia non quella di un credito, ma di un diritto domenicale su di una quota dei frutti del fondo. Così la definizione che l'art. 1678 dà dell'enfiteusi conforta la nostra tesi del dominio « pro diviso ».

Ma esaminiamo gli altri articoli che nelle ll. cc. sono scritti per questo istituto, per meglio spiegarci i concetti di esso. L'articolo 1690 permette all'enfiteuta d'ipotecare il fondo, gli vieta

(1) V. *Inst.*, lib. 2 tit. IV *de usufructu*; Dig. *de usufructu* e *de acquir. rer. dom.*; l. 8 lib. 6 sull'Editto tit. *de reb. auct. jud. poss.*; l. 15 § 8 *quod vi aut clam*; l. 48 *de haered. inst.*; l. 17 *quib. mod. usufr. amitt.*; l. 71 e 76 *de legat.*; l. 171 *de senatusc. Silan.*

d'imporre servitù, e vuole che in caso di devoluzione il fondo ritorni al concedente libero da ipoteche. Con codesta disposizione evidentemente si vuole conciliare il diritto dell'enfiteuta con quello del direttario, imperocchè non negasi al primo l'ipotecare, ma si stabilisce che, verificandosi la devoluzione, il fondo torni libero delle ipoteche: il che importa che il diritto dell'enfiteuta non sia assoluto, e vada soggetto a risoluzione nell'indicata ipotesi, ma non si distrugge per questo il suo diritto di disporre della cosa ipotecandola. Gli si vieta poi, d'imporvi servitù, per una ragione molto importante, perchè queste possono arrecare dei deterioramenti ed avvilimenti alla proprietà; e non è giusto che servitù siano costituite all'insaputa e con pregiudizio dell'altro condomino del fondo. Ma all'enfiteuta non si nega certo il più importante dei diritti domenicali, quello di alienare, che resta subordinato soltanto alla condizione che, a parità di offerta, sia preferito il direttario (argomento dagli articoli 1691, 1692 e 1693): il che mentre è un'altra esplicazione legittima della riserva di dominio in costui, trova corrispondenza nell'egual diritto che ha il concessionario in caso di vendita del dominio diretto (art. 1701); onde, anche sotto questo aspetto, vi ha uguaglianza di diritti nel concedente e nell'utilista; e poi il diritto di prelazione non può esercitarsi che a parità di offerte, quindi non menoma per nulla il diritto di alienare, perchè l'obbiettivo della vendita è il prezzo, non la persona a cui si vende. Notiamo pure che l'obbligo del pagamento del laudemio, se importa un peso a carico dell'enfiteuta, non è sufficiente a far esulare dal diritto di costui il concetto del dominio.

Dai rimanenti articoli emerge irrefutabile il concetto che non solo l'enfiteuta sia assoluto padrone dei frutti del fondo, ma che di questo goda e ricavi tutte le utilità: gli sarà lecito perfino di mutarne la superficie, a meno che non ne menomi il valore; e del tesoro che scoprirà nel fondo, farà sue tre quarte parti. Infine — ciò è notevole — l'enfiteuta ha l'esercizio non pure delle azioni possessorie, ma anche della rivendicatoria, che si spetta al vero proprietario.

Adunque anche per le ll. cc. napoletane l'utilista esercita diritti domenicali, ed ha un dominio distinto e diviso da quello del direttario.

Nè al nostro assunto osta, come alcuni obiettano, il disposto del rescritto del 10 febbraio 1838. Esso intese a dichiarare, in forma legislativa, non avere il domino diretto necessità di rinnovare ogni 28 anni il suo titolo come invece prescriveva l'art. 2169 delle ll. cc.: questo è il fine e la portata del rescritto. Ma il domino diretto viene esentato da questo obbligo per una ragione chiarissima, perchè appunto egli tiene riserbata sul fondo enfiteutico una speciale parte del dominio. Codesta parte l'enfiteuta detiene come possessore precario, poichè la possiede in nome del direttario, e non n'è padrone; e questa parte egli non può prescrivere, perchè cambierebbe a sè stesso il titolo

del possesso. V'ha però un'altra parte, quella spettante al dominio utile, che l'enfiteuta possiede per sè medesimo e con l'animo di padrone anche di fronte al direttario; e questa parte soltanto egli potrebbe prescrivere contro costui.

Onde non può dirsi in modo assoluto che l'enfiteuta sia un possessore precario, perchè si creerebbe l'assurdo giuridico ch'egli fosse possessore precario anche di quella parte di diritti ch'egli possiede in nome proprio. Di qui la necessità della disaminata disposizione del rescritto, che altrimenti tornerebbe del tutto oziosa; perchè era ed è norma di diritto comune, che niuno può cambiare a sè stesso il titolo del proprio possesso; e non è lecito supporre che il legislatore, quando detta le sue norme, faccia cose inutili. Si era dubitato o potevasi dubitare se il domino diretto di fronte all'enfiteuta avesse bisogno della rinnovazione del titolo; ed il rescritto esplicitamente dice di no. Questa e non altra è la ragione giuridica del rescritto del 10 febbraio 1838, ma non s'intese con esso, come pretenderebbero i nostri contradditori, definire la natura del possesso dell'enfiteuta.

Nè si creda che siamo noi pei primi a dare al rescritto questa logica interpretazione. Invece la ritenne il Collegio supremo di Napoli, con sentenza del 27 gennaio 1870 che disse: « L'utilitario non è padrone nè possessore del dominio diretto, che è riserbato al padrone diretto, e *sotto questo aspetto soltanto* si può dire possedere a titolo precario rimpetto al direttario; ma quanto al dominio utile egli lo possiede per sè medesimo ed *animo domini*, anche rispetto al domino diretto. Che i rescritti del 1838 (1) appunto in questo senso furono emanati. Per quanto riflette i titoli dei canoni enfiteutici è stato osservato che nell'art. 2169 parlasi di rendita, e che gravissima differenza intercede tra la rendita ed il canone enfiteutico, giusta gli art. 1678 e 1781 ll. cc., che la disposizione dell'articolo stesso è collocata sotto il titolo della prescrizione; che, tratta la medesima dalla l. 19 *de fide inst.*, per l'art. 2146 non si può prescrivere contro il proprio titolo in questo senso, che niuno può cambiare a sè medesimo la causa ed il principio del suo possesso. Il che è pure conforme alle regole dell'antico diritto.... Che perciò ritenuta l'inapplicabilità dell'art. 2166 ai titoli di canoni enfiteutici, la non rinnovazione non indica, per tale circostanza soltanto, prescrizione » (2). E l'ha insegnato pure la Corte Suprema di Roma con sentenza del 28 maggio 1885, in causa Ziotti c. Arcispedale di S. Spirito, quando decidendo che l'enfiteuta non può mai prescrivere il dominio diretto disse: « L'errore di tale ragionamento consiste nel non considerare che l'enfiteuta coll'eccepire la prescrizione non può intendere di liberarsi onninamente e per sempre dal pagamento dei canoni e di estinguere

---

(1) Oltre quello del 10 febbraio da noi ricordato, vi è altro rescritto del 17 stesso mese ed anno che si riferisce al medesimo obbietto.

(2) V. *Paradiso*, vol. II, 485.

il diritto del direttario, ***senza intendere di acquistare quella parte del dominio che è propria del direttario e che questi dovrebbe perdere.*** Per il che la prescrizione non potendo essere, quanto a lui, **PER LA PORZIONE DEL DOMINIO DIRETTO**, che sempre e necessariamente acquisitiva, resta sempre e necessariamente impedita dal vizio di precarietà insito nel suo possesso, sin che non sianvi o interversione del titolo o contestazione del diritto del direttario seguìta dalla costui acquiescenza per tutto il tempo atto a prescrivere » (1).

Dimostrata vera la nostra teorica anche per la legislazione del 1819, come l'abbiamo dimostrata pel diritto romano, giova corroborarla con l'opinione degli scrittori più autorevoli nella materia.

Annibale Giordano così scrive del tema:

« Non potrebbe considerarsi l'enfiteusi per sè stessa, come un vincolo assoluto e nocivo alla libera concorrenza tanto necessaria all'ordine sociale delle ricchezze; imperocchè nei beni enfiteutici si verifica ***un doppio dominio parteggiato fra il domino diretto ed il domino utile:*** ciascuno di questi dominii è composto da un complesso di diritti, che riseggono in due distinte persone, le quali, potendo a lor talento disporre dei rispettivi loro diritti, non arrecano nel fatto alcun vincolo assoluto alle contrattazioni » (2).

Agresti commentando una decisione della 1.ª Camera della Gran Corte civ. di Napoli del 6 marzo 1833, colla quale codesto eccell.º Collegio avea deciso affermativamente la questione se il direttario debba essere inteso nell' alienazione a causa di pubblica utilità del fondo enfiteutico, così si esprime: « Se deve accordarsi una indennità al proprietario, ***se la proprietà si divide tra il padrone diretto e l'utile,*** hanno diritto ***l'uno e l'altro condomino*** ad essere intesi nella determinazione del valore dovuto loro rispettivamente, ***non dissimilmente dal diritto che possano avere contemporaneamente due o più condomini.*** Se il dominio utile ha un prezzo, ha un prezzo altresì il dominio diretto; sarebbe strano affermare che il padrone diretto non debba essere inteso, pel motivo insussistente che conserva egli sempre sul suolo il medesimo dirtto originario alla percezione del canone ed alla devoluzione in caso d'inadempimento » (3).

Il Duscio così ragiona: « Laonde considerando che il dominio abbraccia molti diritti ***ben separabili***, opiniamo per le sopraesposte ragioni, che giusta la sana logica ed i principii della filosofia del diritto, il concedente e l'enfiteuta siano, in virtù delle leggi romane e delle patrie, ***rispettivamente proprietari*** di quei reali e domenicali diritti sull'immobile enfiteutico che la legge od il patto riserbò al primo o trasferì al secondo, annoverandoli fittiziamente tra i beni immobili (art. 499 ll. cc.). In

(1) V. *Foro ital.*, 1885, I, 971.
(2) V. GIORDANO, *Comm. sulle ll. cc.*, vol. VI, art. 1678.
(3) V. AGRESTI, *Decisioni delle GG. Corti civili*, vol. V, p. 218.

prova di che non sarà disutile osservare che il Toullier e Comte asseverano ogni diritto distaccato dal compiuto dominio divenire ***una vera proprietà*** di colui al quale sia accordato; e prima assai di questi scrittori Molineo e il Pothier portarono il parere che nella enfiteusi a perpetuità, il dominio utile spettante al concessionario gli trasferisca il diritto di proprietà sul fondo enfiteutico, rimanendo al concedente alcuni diritti piuttosto onorifici che lucrosi. Duvergier puranco opina che all'enfiteuta appartiene il diritto di proprietà sull'immobile a lui censito finchè non sia disciolta la contrattazione enfiteutica » (1).

§ 3. Codice civile italiano.

A fronte del codice italiano la nostra tesi acquista maggior valore, imperocchè il nostro legislatore, abolendo il diritto di prelazione rese l'enfiteuta del tutto indipendente dal direttario, e con l'articolo 1562 non pure abolì il pagamento del laudemio, ma anche dette all'enfiteuta facoltà di disporre tanto del fondo che delle sue accessioni, sia per atto tra vivi che di ultima volontà. Così disponendo fece esplicita dichiarazione del diritto di proprietà nell'enfiteuta. Concedendo poi a costui la facoltà di redimere il fondo, gli diede il diritto di acquistare anche contro la volontà del domino diretto la proprietà. E codesto diritto di affranco vince in taluni casi il diritto di devoluzione del domino diretto, perchè — come sarà argomento di uno dei temi che che ci siamo proposti di trattare con altro scritto — la sentenza di devoluzione pronunziata contro un solo dei coenfiteuti non può precludere l'adito agli altri di esercitare il diritto di affranco.

Altra notevole innovazione è quella dell'art. 1567, perchè, rispettando il concetto posto dall'art. 1690, che in caso di devoluzione il fondo ritorna al direttario libero dalle ipoteche accese contro l'enfiteuta, si stabilisce che queste si risolvano sul prezzo dovuto pei miglioramenti. Onde, mentre si provvede meglio agli interessi dei terzi che hanno contrattato coll'enfiteuta, si rende più efficace il diritto d'ipotecare concesso a costui, perchè statuendo che le ipoteche si risolvono sul prezzo dei miglioramenti, si rende possibile costituire ipoteche da parte dell'enfiteuta, chè altrimenti codesto diritto resterebbe, il più delle volte, lettera morta. È da notare che per le ipoteche acquistate contro il concedente il medesimo art. 1567 stabilisce pure che si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione: onde v'ha uguaglianza di trattamento per l'enfiteuta come pel concedente.

Dal breve esame delle disposizioni del codice, fatto per quanto strettamente si attiene al tema, risulta chiaro che il dominio dell'utilista si è reso più pieno e più distinto da quello del direttario, di quanto era per la legislazione del 1819. Donde as-

(1) V. Duscio, *Dell'enfiteusi*, Catania 1852, p. 9 e 10.

sorge che per le enfiteusi costituite sotto il codice vigente la dimostrazione della nostra tesi riesce assai più facile ed evidente. Ma noi vogliamo meglio illustrarla colla luce che viene dai lavori preparatori del codice.

Si sa che il contratto d'enfiteusi era stato bandito dai progetti del nostro codice, appunto perchè i compilatori di esso si preoccuparono e crederono non conforme al concetto del dominio la sua ripartizione fra il direttario e l'utilista. Onde il Pisanelli, adducendo le ragioni che l'aveano consigliato ad escludere dal suo progetto l'istituto dell'enfiteusi, così conchiudeva: « È questa una misura legislativa altamente reclamata dallo stato della coltura odierna e dai principii di pubblica economia. È necessario che sparisca da tutto il regno un contratto già sbandito dal codice sardo fin dal 1838, un contratto sorto presso l'antichità, allorchè per le guerre continue, per mancanza di braccia industri, rimanevano abbandonate vastissime lande, incolti la maggior parte dei poderi. Essendo la popolazione cresciuta e pressochè sufficiente al bisogno, l'interesse generale richiede che le terre siano sciolte da quel vincolo, per facilitare il commercio e rialzare il credito fondiario: deve cessare per l'avvenire un atto, col quale si dà e si ritiene, *che introduce nello stesso fondo due padroni ad un tempo*, che agghiaccia il cuore al domino utile e ne snerva l'attività pel pensiero funesto di una possibile devoluzione » (1).

Però l'intento di promuovere l'incremento dell'industria agraria consigliò i compilatori del codice a ripristinarvi il contratto d'enfiteusi. Invero nella Commissione legislativa Camerini osservò che molte provincie languono per la sterilità dei terreni, soggiungendo che al loro stato potrebbe portare giovamento solo la mano di colui che può riguardare il terreno *quasi* come proprio, suscitando in costui il sentimento presso a poco della proprietà. Pisanelli, modificando l'opinione manifestata nella relazione del progetto, osservò che non bisogna spingere il culto dei principii astratti fino a sconoscere le esigenze reali della società, ed esclamò: « Voi impedite al proprietario di riservare per sè il dominio diretto e concedere ad altri il dominio utile dei suoi fondi, voi limitate la libertà ». Crispi e Mancini richiesero fosse sempre redimibile il canone per potersi consolidare in uno il *dominio diviso*. Niutta disse inevitabile il dualismo che sorgerebbe « rebus ipsis dictantibus ac humanis necessitatibus ».

Dunque alla mente di questi legislatori, che, dipartendosi dal codice Napoleone, e seguendo invece il consiglio del Toullier, il quale ritenne necessaria una legge precisa che fissasse le idee ed i vantaggi in alcuni casi dell'enfiteusi, e del sommo Pellegrino Rossi, che lamentò il bando datogli dal legislatore francese, ripristinarono codesto contratto, il dominio nell'enfiteusi si presentò diviso fra il concedente e l'enfiteuta. Ond'essi non fe-

---

(1) V. Relazione annessa al progetto Pisanelli.

cero che perfezionare e rafforzare il concetto della divisione dei dominii del diritto romano. E notisi che nelle loro dissertazioni usarono anche la nomenclatura antica di domino diretto e di domino utile: certo ciò non fecero a caso.

Se dai compilatori del codice passiamo agli scrittori di diritto, la nostra teoria trova in essi la più larga ed autorevole conferma.

Il Ricci così scrive al proposito: « Qual'è il diritto che a favore dell'enfiteuta sorge per effetto del contratto di enfiteusi? L'art. 1556 parla di concessione di fondo a favore dell'enfiteuta, il che dimostra che non un diritto personale è accordato ad esso, come lo si è accordato al conduttore di fronte al locatore a riguardo dei frutti, che il fondo locato produce, bensì un diritto reale sul fondo stesso; il che apparisce anche più chiaramente dall'art. 1562, nel quale si legge che l'enfiteuta può disporre tanto del fondo enfitentico come delle sue accessioni, sia per atto tra vivi, sia per atto di ultima volontà. *Trattasi adunque di un vero frazionamento del diritto di dominio,* il quale frazionamento fa sì, che una parte di questo diritto di dominio resti nel concedente, e l'altra passi nell'enfiteuta; *onde si hanno due enti giuridici diversi*, il diritto, cioè, del concedente e quello dell'enfiteuta, appartenenti entrambi al patrimonio immobiliare di ciascuno di essi: art. 415 del c. c. » (1).

Il Cuzzeri, nell'esaminare quali prestazioni si debbano includere nelle voci censi e rendite perpetue usate dall'art. 2090 del c. c., scrive: « Ma i canoni enfiteutici non possono ritenersi contemplati nella disposizione di cui mi sto occupando, *poichè hanno fondamento non in un credito, ma in una partecipazione ai diritti di proprietà* » (2). Lo stesso dicono il Gargiulo (3) ed il Borsari (4).

Fra quelli che hanno scritto appositi trattati, occupa notevole posto Ferdinando Perna, che sul tema così scrive:

« La distinzione dei due dominii è una necessità di fatto, e come tale essa fu riconosciuta dai giuristi, che illustrarono la giurisprudenza sotto i codici dei diversi Stati d'Italia. E, per non andare ad assurde conseguenze, è uopo ammetterla anche sotto il codice italiano, dacchè in esso l'enfiteusi è rimasta quale era in passato nella sua essenza. Nel n. 7 ricordammo come nel diritto romano la divisione dei due dominii, diretto ed utile, pieno e semipieno, non si trova scritta in nessun testo antico. Invece la parola *dominium* era presa in senso molto lato e più estensivo della stessa proprietà, onde si dicea *dominium proprietatis*, e secondo i principii razionali del diritto, esso non era suscettivo di divisione, uno essendo il dominio ed assoluto. Difatti così aveano insegnato Donello ed Ubero, seguiti da Cujacio. Per spie-

---

(1) RICCI. *Diritto civile*, VIII, n. 15.
(2) CUZZERI, *Cod. ital. di proc. civ. annot.*, vol. III, art. 711, p. 218.
(3) GARGIULO, *Cod. proc. civ.*, IV, art. 711.
(4) BORSARI, *Cod. di proc. civ. annot.*, vol. II, art. 686, n.° 2, nota 2.ª.

gare il diritto dell'enfiteuta si ricorse all'ipotesi del *quasi dominio*, e dicemmo che furono i glossatori e poscia i feudisti, che introdussero le denominazioni di dominio diretto e di dominio utile, e questi ultimi ne allargarono l'applicazione; ed accettati da tutti, quei nomi divennero comuni nel linguaggio giuridico. Ciò dimostra che l'idea di cui quelle parole erano la espressione, stava nella coscienza di tutti, e rispondeva alla realtà delle cose; *onde la ripartizione del dominio, respinta dal diritto razionale, divenne un fatto che il diritto positivo non poteva non prendere in considerazione e sanzionare.* Che comunque il diritto di proprietà scompagnato dal godimento materiale della cosa sia diritto incompleto, non comprensivo di tutta l'idea del dominio, quando con la concessione della cosa il concedente non si spoglia della proprietà, e dall'altro canto il concessionario ne ha il godimento, e di questa può disporre come di ogni altro bene, *la esistenza della separazione dei due dominii, lo ripetiamo, è un fatto innegabile innanzi cui ceder debbono tutte le astrattezze dei principii* ». Indi prosegue: « Noi ci siamo ingegnati di dimostrare per quali ragioni mal si appongano al vero coloro, che negano ogni riserva di dominio nel concedente. Ma negarlo a pro dell'enfiteuta nel sistema del codice attuale sarebbe più deplorevole errore, perchè con ciò si verrebbero a negare tutti quei grandi vantaggi, in grazia de' quali l'enfituesi potè essere accolta nelle nuove leggi. Chè quanto vi ha di progresso nel nuovo sistema, tanto si riduce ad allargare la libertà di disporre della cosa enfiteutica, *e dire poi che di questa non si abbia il dominio, ma un sempliee gius, una servitus nella medesima, è contraddizione che non resiste al rigore dei principii.* Si ammetta la riserva del dominio nel concedente, ma non si neghi nel concessionario il dominio di fatto con tutte le conseguenze ad esso inerenti. E solo così conciliar si potranno le opposte opinioni, *mantenendo ferma la divisione dei due dominii*, come fu mantenuta dalle passate legislaziomi, come lo è anche oggi nella scuola tedesca, come è imposto dalla necessità delle cose » (1)

§ 4. **Giurisprudenza.**

La prima Camera della Gran Corte civile di Napoli con sentenza del 1.° marzo 1830, in causa Borrelli c. Falangolo-Polese, nel decidere che le affezioni ipotecarie sul dominio utile rimangono estinte con la devoluzione del fondo, e che per conseguenza i diritti dei creditori dell'enfiteuta rimangono ristretti al valore dei miglioramenti da costui fatti, così ragionò: « Attesochè l'enfiteusi va menzionata fra le specie del dominio meno pieno; *imperocchè in essa rimane segregato il dominio diretto dall'utile,* che all'enfiteuta si trasmette mercè del contratto enfiteuticario. Atteso che ne segue da ciò che il domino diretto percepisce l'annuo

(1) V. PERNA, *L'enfiteusi nel dir. ant. e mod.*, p. 228-229 e 246.

canone sull'immobile enfiteuticario *jure dominii* anzichè *jure creditoris*, e quindi *con la divisa di domino* vince senza dubbio i semplici creditori ipotecarii dell'enfiteuta » (1).

La Corte di cassazione di Napoli, definendo il concetto fondamentale del contratto enfiteutico e dei rapporti giuridici, che ne derivano, con sentenza del 27 gennaio 1870 in causa Cigala c. Cuzzo disse che: « la enfiteusi è maniera di contratto *sui generis ; il dominio si divide tra il domino utile ed il domino diretto.* Questi ha il diritto di percepire il canone congiunto con l'eventuale esercizio della prelazione, quante volte il concessionario voglia alienare l'utile dominio. L'altro ha sibbene la percezione dei frutti del predio, dovendo corrispondere il livello; che se eccede nell'uso danneggiandolo, e non soddisfa il livello, incorre nella devoluzione, e l'utile dominio si riacquista dal concedente, riunendosi al dominio diretto. *Dal che derivano due diversi diritti e possessi.* Il concedente conserva il perpetuo dominio dello stabile, ed il possesso civile del medesimo: all'enfiteuta è attribuito il possesso reale per ritrarne ogni vantaggio; onde si denomina dominio utile » (2).

Con posteriore sentenza del 29 luglio 1874 il medesimo Collegio supremo in causa Gaudiosi c. Grimaldi ripetette lo stesso concetto in quest'altra forma: « Che ben poco richieggasi per dimostrare l'indole reale dell'obbligazione dell'enfiteuta circa il pagamento del canone, discendendo essa spontanea dall'indole del contratto. E per fermo la concessione enfiteutica non trasmette al concessionario che l'utile dominio del fondo, rimanendo presso il concedente il dominio eminente. *La proprietà così divisa appartiene rispettivamente al direttario ed all'utilista,* CHE SONO ENTRAMBI PROPRIETARI, *ed entrambi rappresentano diritto domenicale sulla cosa* » (3).

E finalmente la stessa Corte di cassazione di Napoli con recentissima sentenza del 1.° giugno 1897 in causa Fondo del Culto c. Cuciniello, respingendo la pretesa del direttario, il quale avrebbe voluto prelevare dal prezzo di vendita il capitale del canone, come se si fosse trattato di un censo o rendita perpetua, disse che ciò non poteva avvenire per le enfiteusi, perocchè *il direttario non è un creditore, ma un condomino,* ed egli non fu coinvolto nell'espropria, che dovea limitarsi solo al dominio utile. Se con la espropria non può risolversi l'enfiteusi; se nel caso di erroneità nel prezzo dell'aggiudicazione ha l'aggiudicatario il diritto al prelevamento dal prezzo del capitale del canone, non può questo diritto venir fuorcluso dal domino diretto, che pretenda per sè il capitale del canone, che è il rappresentante del dominio diretto; or se questo dominio diretto non fu venduto, perchè non poteva vendersi, si versava in vendita forzata, che doveva limi-

(1) Vedi AGRESTI, op. cit., IV. p. 264.
(2) *Gazz. del proc.*, V, 66.
(3) V. op. cit., IX, 400.

tarsi a quanto rappresentava il debitore espropriato, ***non poteva estendersi alla proprietà di colui che era estraneo alla vendita*** » (1).

Non vogliamo trascurare dal ricordare una recentissima e commendevole sentenza resa dalla 3.ª sezione della Corte di appello di Napoli, addì 27 luglio 1899 in causa Bruni c. Toni, con la quale ritenendosi che in caso di espropriazione parziale del fondo enfiteutico per causa di pubblica utilità, sul prezzo, che sta a rappresentare la parte del fondo espropriato, devono esercitarsi i diritti del direttario e dell'enfiteuta, e fra essi proporzionalmente dividersi questo prezzo, la Corte osservò: « Dalle quali (circostanze di fatto) scende inoppugnabile la conseguenza che quella parte del fondo enfiteutico espropriato apparteneva all'enfiteuta ed al domino diretto, ***poichè fra costoro veniva frazionato il dominio.*** Essi isolatamente considerati non rappresentano il pieno dominio di proprietà; ma in ciascuno di loro ne risiede una parte. ***Nella enfiteusi v'hanno due dominii,*** DISTINTI ED AUTONOMI, in base ai quali ciascuno esercita un proprio diritto reale ed immobiliare, circoscritto all'obbietto di esso, il domino diretto sul valore del canone, l'enfiteuta su quello reale del fondo e delle sue migliorie » (2).

CAPO II.

Teoriche contrarie alla nostra.

Il professore Antonio Fulci dell'Università di Messina (3) ed il compianto professore dell'Università di Napoli Diego Colamarino (4) ritengono che l'enfiteusi, secondo il codice italiano, sia una ***nova conceptio***, non quella del diritto romano, la definiscono un contratto col quale si trasferisce nel concessionario il pieno dominio del fondo, col peso di un'annua prestazione, non rimanendo al concedente che un *jus in re aliena*, ed ammettono la prescrizione estintiva del diritto di costui anche rispetto all'enfiteuta ed ai suoi eredi od aventi causa.

Le ragioni che gli illustri professori adducono a sostegno della loro teorica si possono compendiare così. Il diritto del concedente rimane ridotto a percepire un'annua prestazione garentita da un privilegio sui frutti del fondo enfiteutico; codesto diritto è soggetto a redenzione, e la facoltà del concedente a riprendere

(1) V. op. cit.. XXVIII. 507.

(2) V. *Foro ital.*, 1900, I, 186. Questa sentenza venne confermata dalla Corte di cassazione con sentenza del 27 giugno 1900, con la quale il supremo Collegio « osserva che i giudici di merito fecero esatta applicazione della legge ritenendo che *il direttario e l'utilista hanno due dominii indipendenti ed uguali sul fondo enfiteutico*, in base ai quali ciascuno esercita un proprio diritto reale ed immobiliare: l'uno dominio infatti riguarda il valore del canone, l'altro ha per obbietto il valore reale del fondo e le migliorie » (V. op. e loc. cit. 1188).

(3) V. Fulci, *Dell'enfiteusi*.

(4) V. Colamarino, *Del contratto d'enfiteusi*.

il fondo *ob canones non solutos,* o per la deteriorazione di esso, non è incompatibile col trasferimento del pieno dominio nel concessionario, perchè non è altro che il diritto alla risoluzione di un contratto bilaterale. Invece i diritti dell'enfiteuta sono così estesi da non mancarne alcuno di quelli che costituiscono la proprietà, perchè costui fa suoi tutti i prodotti del fondo, può di questo disporre liberamente, fa suo il tesoro che vi rinviene e tutte le accessioni, di cui gode e dispone. Egli ha, poi, tutte le obbligazioni del proprietario, perchè sopporta le imposte prediali e tutti gli altri pesi che gravano l'usufrutto e la nuda proprietà.

Un argomento irrefutabile i sullodati professori credono di trovare nella disposizione dell'art. 1563 del c. c., col quale si dà facoltà al concedente di chiedere, dopo ventinove anni, la ricognizione del proprio diritto da chi si trova nel possesso del fondo, nel fine d'interrompere la prescrizione estintiva di trent'anni. Or codesta prescrizione estintiva del diritto del concedente pel non uso di trent'anni, eglino dicono, è assolutamente incompatibile col diritto di un dominio più o meno pieno, conservato dal concedente; essa non potrebbe bastare all'enfiteuta per acquistare la proprietà del fondo, ma vi sarebbe bisogno dell'usucapione, perchè costui non avrebbe che un *dominium non plenum*; egli sarebbe un possessore precario ai termini dell'art. 2115 c. c.

Per gli argomenti addotti in favore della teorica da noi professata, resta combattuta ed esclusa quella testè enunciata dei professori Fulci e Colamarino; tuttavolta noi la confuteremo brevemente.

Se è vero che i diritti dell'enfiteuta sono estesissimi, non è men vero che essi trovano una limitazione in quelli del concedente; onde il dominio del primo non può dirsi assolutamente pieno, come non può dirsi in modo assoluto, pieno quello del secondo. E se l'utilista sopporta le imposte e gli altri pesi del fondo, è appunto perchè codeste gravezze si riferiscono all'usufrutto, che è goduto interamente da lui; ma non significa ch'egli sia l'esclusivo proprietario del fondo. Non è poi possibile negare che il dominio eminente di questo resti nel concedente, imperocchè viene esercitato da costui col diritto di devoluzione, che non si può paragonare alla condizione risolutiva tacita contenuta in ogni contratto bilaterale, perchè mentre codesta condizione dà un'azione puramente personale contro il contraente inadempiente, il diritto alla devoluzione si traduce in un'azione reale, non personale, chè altrimenti non la si potrebbe esercitare contro il nuovo enfiteuta non debitore personalmente dei canoni arretrati, che può solo evitarne gli effetti pagando i richiesti canoni, salvo la sua azione di regresso contro il precedente enfiteuta.

Nè a negare la riserva del dominio eminente nel concedente può servire la disposizione dell'art. 1563 del c. c.; anzi essa conferma codesta riserva; imperocchè non è a dubitare che lo scopo dell'articolo sia duplice: non solo quello d'interrompere la pre-

scrizione che possa verificarsi pel decorso di trent'anni, ma anche quello di non rendere incerto il dominio, ossia di far conoscere in mano di chi esso risieda dopo il decorso di ventotto e più anni, chè altrimenti la disposizione in esame avrebbe trovato natural posto nel titolo delle prescrizioni. E la prescrizione potrebbe verificarsi, perchè come dicemmo illustrando il significato del rescritto del 10 febbraio 1838, nel dominio dell'utilista v'ha una parte ch'egli detiene in nome proprio, ma v'ha pure un'altra parte ch'egli possiede in nome del concedente; ed è questa parte ch'egli potrebbe prescrivere contro il direttario, se il riconoscimento del diritto di costui non interrompesse il corso della trentennaria.

L'illustre Mirabelli, che combatte, ma per ragioni dalle nostre differenti, la teorica del Fulci e del Colamarino, sostiene quella diametralmente opposta alla loro; che, cioè, il dominio resti pieno nel concedente, e che il concessionario non rappresenti che un *jus in re aliena.* Egli, contro l'opinione di costoro, ritiene che l'enfiteusi moderna non sia una ***nova conceptio***, ma quella stessa che Zenone disse terzo contratto, intermedio tra la vendita e la locazione, e che dai compilatori del nostro codice venne collocata fra questi due contratti appunto perchè vollero seguire la tradizione romana, mentre il suo posto naturale sarebbe stato al titolo delle « modificazioni della proprietà », ed innanzi all'usufrutto « avuto riguardo — scrive l'illustre giurista — all'ampiezza dell'*uti frui* trasferito all'enfiteuta, ed all'origine dell'enfiteusi che può essere anche un testamento » (1).

Noi già dicemmo di non opinare altrimenti circa l'origine e la natura dell'enfiteusi moderna; aggiungiamo qui che cotesto concetto del Mirabelli, da noi condiviso, conferisce forza alla nostra tesi, dato che fossimo giunti, come ci lusinghiamo, a dimostrare che anche nel diritto romano l'enfiteusi rappresenta due dominii *pro diviso*. Ma egli questo non riconosce, e va in diverso parere.

Ecco come compendia la sua teorica l'illustre magistrato che con tanta sapienza e per tanto tempo ebbe la presidenza del nostro supremo Collegio: « Riepilogando le discorse cose diciamo che: mediante la concessione enfiteutica non si trasferisce nell'enfiteuta la proprietà del fondo, ma il più esteso diritto di godimento; che il diritto immobiliare del concedente consiste nel conservare la proprietà della sostanza e nell'esigere una prestazione rappresentativa del concesso godimento; ***che perciò l'enfiteuta ha diritto immobiliare sul fondo altrui,*** del quale diritto è padrone assoluto, e che il codice italiano conservando l'originaria essenza dell'enfiteusi, ne ha profondamente modificata la natura » (2). Manifestata così la sua opinione, il Mirabelli censura assai brevemente la teorica del condominio *pro diviso* nell'en-

---

(1) V. MIRABELLI, op. cit., vol. I, p. 505.
(2) V. op. e loc. cit.

fiteusi, adducendo un'unica ragione che già dicemmo non parerci grave nè decisiva come a lui sembra; la ragione è che codesto condominio non si possa assimilare a quello che si verifica nella comunione dei muri comuni. Ma questo non distrugge che sia pur esso un condominio *pro diviso,* imperocchè non bisogna dimenticare l'avvertimento del creatore del contratto d'enfiteusi, di Zenone, che disse questa « un terzo diritto *di proprio genere, avere il proprio concetto* e la propria definizione » — l. 1 C. *de jure emphyteutico.* Onde, ce lo permetta il dotto giurista, la sua obbiezione non mette e non toglie cosa alcuna dalla questione.

Censura pure l'opinione di coloro che riguardano il diritto del concedente e quello del concessionario come due diritti indipendenti ed uguali su parti distinte dello stesso fondo, senza che l'uno possa dirsi prevalente sul diritto dell'altro; ma soggiunge che: « Questa opinione non produce alcun effetto giuridico diverso dalla teoria da noi propugnata, ma porge una costruzione scientifica e giuridica dei diritti del concedente e dell'enfiteuta non pure incompleta, ma poco esatta » (1). Noi, per vero dire, non sappiamo vedere, perchè codesta teorica produca gli stessi effetti di quella sostenuta dal conte Mirabelli; poichè qui si ammette la ripartizione del dominio, mentre il Mirabelli la nega. Osserva però bene l'illustre giurista che codesta opinione presenta una costruzione inesatta dei diritti del concedente e dell'enfiteuta. Noi diremo dippiù ch'essa contiene un errore, perchè ritiene che codesti diritti sieno esercibili su parti distinte dello stesso fondo; mentre, come noi dicemmo, l'obbietto, il *corpus* su cui essi si esercitano è lo stesso ed unico nella sua continenza o realità tuttavolta; ideologicamente e giuridicamente, è diverso e distinto, essendo obbietto dei diritti del dominio diretto il valore del canone, quello dei diritti dell'enfiteuta, il valore reale del fondo e delle sue migliorie. Per questo erroneo concetto è da ripudiare, secondo il nostro modesto avviso, la disaminata opinione.

Il Mirabelli, confutate, nel modo innanzi detto, le opinioni degli altri scrittori, spiega meglio la sua in questi termini, che a noi piace trascrivere, in omaggio al sommo giurista, perchè chi ci legge abbia il concetto chiaro della teorica da lui sostenuta.

« Che il concedente e l'enfiteuta abbiano un diritto indipendente ed uguale sull'immobile sotto l'aspetto soggettivo crediamo di averlo ampiamente dimostrato nei primi di questo numero. Ciascuno di essi ha un *potere assoluto nel contenuto del suo diritto, ne può disporre e godere come meglio a lui pare e piace, specialmente secondo il codice italiano,* che ha sciolto il diritto dell'enfiteuta da tutti quei vincoli, che ne impacciavano il libero commercio. Ma riguardate le parti della cosa, sulle quali ciascuno ha il suo diritto, non si può ammettere l'eguaglianza, ma la prevalenza del diritto del concedente su quello dell'enfiteuta,

(1) V. op. e loc. cit.

per la ragione scientifica e giuridica che chi ha il potere sulla sostanza della cosa dev'esser guardato diversamente da chi ha il diritto sulle utilità che la cosa produce: vi passa la stessa differenza che si ha fra la sostanza della cosa e le sue accessioni, destinate ad esserne distaccate, rimanendo salva la sostanza. ***Il diritto del concedente sulla sostanza è un diritto di proprietà, il primo dei diritti reali; quello del concessionario è un diritto sulla sostanza della cosa del concedente, il quale diritto consiste nel far proprî i prodotti.*** Sulla quale distinzione, come sopra si è osservato, è fondato tutto il sistema della proprietà e delle sue modificazioni, che sarebbe incompleto, se si accettasse l'opinione che avversiamo » (1).

L'illustre professore dell'ateneo napoletano, compianto non meno del Colamarino dai suoi discepoli, fra'quali l'autore di questo scritto, Nicola de Crescenzio, scrivendo una nota sulla indivisibilità del canone enfiteutico, combatte la divisione dei dominii in eminente ed utile in questo senso, che nega essere il diritto dell'enfiteuta una divisione di dominio vera e propria, e sostiene anch'egli che sia un mero *jus in re aliena*. Dopo aver narrato l'origine del nome di dominio utile dato al diritto dell'enfiteuta, così svolge la sua opinione:

« Il primo a ribellarsi contro questa distinzione fu, oltre la scuola francese del secolo XVI, in questo secolo Thibaut (*Versuche*, II, 3), il quale senza contrasto fu seguìto dai moderni scrittori. In vero un ***dominium divisum*** a quel modo non regge ad una critica severa; anzi in Italia siamo rimasti tenacemente attaccati a quella dottrina, ma la scienza l'ha inesorabilmente condannata. In vero il diritto dell'enfiteuta è un vero ***jus in re aliena*** che, se può essere più esteso ed avere altre qualità dei diritti di servitù, nella sua essenza non è differente, come ***jus in re aliena***, dal diritto di servitù, di usufrutto. Anzi qualche scrittore moderno si spinge fino al segno di dire che un tale diritto avrebbe potuto essere registrato, come un'altra specie di servitù, se un nome storico ed uno storico svolgimento non lo avesse insieme con la superficie classificato in un'altra categoria di diritti reali (Arndts, *Civilistiche Schriften*). Noi non diciamo questo, ma solo vogliamo notare che tutto il contenuto del diritto di enfiteusi, ***cioè la somma dei diritti patrimoniali su di una cosa altrui***, deve, perchè costituisca un diritto reale, essere considerato staccato dal dominio della cosa fino a tanto che dura questo diritto, e che ritorna al dominio, appena esso si estingue; il diritto del proprietario resta perciò modificato e limitato. La ***res***, l'obbietto del dominio, il rapporto della persona con la cosa, che lo costituisce, non può che rimanere al proprietario, ond'è che la somma dei dritti patrimoniali ceduti all'enfiteuta si esercita sopra una ***res***, non propria, ma aliena. Sarebbe incomprensibile ritenere la ***rès*** propria dell'enfiteuta, senza travolgere il

(1) V. op. cit., p. 512 e 513.

concetto della proprietà da una parte, ed il *jus in re aliena* dall'altra, come incomprensibile sarebbe del pari ammettere il diritto di proprietà sui diritti che si esercitano sulla cosa indipendentemente dal dominio di essa, ciò che avverrebbe ammettendo il così detto dominio utile. L'idea adunque del *dominium divisum* nell'enfiteusi è tanto assurda, per quanto è negli altri *jura in re aliena*, e specialmente nell'usufrutto, che tra i diritti sulla cosa altrui all'enfiteusi più si avvicina. È stato questo ordine d' idee, che indusse i giureconsulti romani a vedere qualche punto di contatto tra l'enfiteusi e l'usufrutto, senza però che qua e là non s'incontrino frammenti, che dimostrano come essi, anche nel tempo in cui quest' istituto non era completamente definito, abbiano distinto questo diritto come indipendente e come un *jus in re aliena;* l. 71 §§ 5 e 6 *de legat. fidei*; l. 3 § 4 *de reb. eor.* Non per questo il diritto d'enfiteusi è da confondere col diritto di usufrutto, imperocchè altri elementi ne costituiscono una differenza sostanziale, la quale non è da ricercare nel rapporto dell'enfiteuta con la cosa altrui, poichè allora non vi sarebbe grande differenza con gli altri *jura in re aliena*, ma nell'estensione di questo diritto e sopratutto nell'alienabilità e trasmessibilità del medesimo. È la somma di queste caratteristiche, che costituisce l'enfiteusi come diritto distinto ed indipendente. Solo da un altro punto di vista si è creduto sostenere il dominio da parte dell'enfiteuta, cioè concretandolo, non nel diritto di usufruire la cosa altrui, ma nelle migliorie, *emponemata*, fatte dall'enfiteuta nel fondo altrui, le quali certo spettano a quest'ultimo, sciolta che sia l'enfiteusi. Questo concetto, che si è venuto formando a poco a poco, è stato quello che ha reso più saldo il concetto del dominio utile più che il punto di vista, dal quale partirono i glossatori fino al segno di considerare la posizione dell'enfiteuta e del *dominus* rispetto alla cosa, come rapporto di condominio, ma di ciò ci occuperemo più giù. Notiamo solo che questa idea all'enfiteusi nella sua forma classica è completamente estranea, quanto che il concetto del condominio richiede l'identico rapporto di più persone sulla cosa, che si reputa astrattamente divisa, e quelle parti ideali durante il condominio si convertono, sciolto il medesimo, nelle medesime proporzioni in parti materiali della cosa, ciò che non è possibile nell'enfiteusi » (1).

Quanto dicemmo in appoggio e dimostrazione della nostra opinione, ed in confutazione di quelle contrarie del Fulci e del Colamarino, osiamo sperare possa riuscir sufficiente a combattere eziandio le opinioni testè ricordate del Mirabelli e del De Crescenzio, le quali sono agli antipodi delle prime, ma hanno comune il concetto della prevalenza di un dominio sull'altro, tanto da stabilire che in un di essi soltanto riscontrisi un vero dominio, mentre nell'altro sia un *jus in re aliena*. E se ci fosse

(1) V. *Filangieri*, anno I, 740.

lecito fare un paragone fra i modi di ragionare tenuti da codesti sommi giuristi, noi diremmo che questo del De Crescenzio è più chiaro, più preciso, più decisivo.

Invero il Mirabelli fa una distinzione, e dice che, soggettivamente guardando, il concedente e l'enfiteuta hanno un diritto indipendente ed uguale, soggiungendo quelle parole da noi sottolineate. « Ciascuno di essi ha un potere ASSOLUTO sul contenuto del suo diritto, ne può disporre e godere come meglio a lui pare e piace, specialmente secondo il codice italiano ». Concetto a cui noi, sostenitori di una teorica opposta, possiamo benissimo sottoscriverci. Ma egli prosegue, che oggettivamente però, riguardando le parti della cosa sulla quale ciascuno ha il suo diritto, non si può ammettere l'eguaglianza, ma la prevalenza del diritto del concedente su quello dell'enfiteuta; perchè mentre il diritto del primo è un diritto di proprietà sulla sostanza della cosa, quello del secondo è un diritto sulla sostanza della cosa del concedente. Codesta distinzione, che non riscontrasi nella dottrina esposta dal De Crescenzio, a noi, per vero dire, non pare rigorosamente esatta e rispondente ad un concetto rilevante di diritto: vera e giuridicamente utile ci sembra invece la distinzione fra la sostanza e l'uso della cosa, per poterne dedurre che come sulla prima esercita il suo diritto il concedente, così sul secondo l'esercita il concessionario, e non meno del primo liberamente ed ampiamente; onde non può dirsi che il diritto di questo sia subordinato o dipendente dall'altro, ma d'altra parte non può negarsi un intimo e naturale vincolo che li tiene uniti, perchè l'uso o godimento della cosa non può concepirsi assolutamente autonomo dalla sostanza della cosa. Quindi la distinzione fra la sostanza e l'uso della cosa, che, se non c'inganniamo, è la sola giuridicamente esatta e praticamente utile a farsi, non contraddice alla nostra teorica, anzi l'avvantaggia e la corrobora.

Da questo particolare in fuori, che abbiamo creduto degno di nota, i ragionamenti dei due sommi giuristi si somigliano, epperò la medesima confutazione può valere per l'uno e per l'altro, e ci sembrerebbe di peccare di albagia se volessimo dire dippiù del già detto.

Però ci sia lecito osservare — e questo lo diciamo col più grande rispetto verso il sommo romanista — che la citazione delle due leggi fatta dal De Crescenzio per dimostrare che anche i Romani, nel diritto classico, ritennero che il diritto dell'enfiteuta fosse un *jus in re aliena*, non è esatta, perchè, a parte la considerazione d'indole generica che non è dato da alcuni frammenti di legge, riferentisi a casi speciali, assorgere a formare una vera e propria teorica, a parte questa considerazione, a noi modestamente non pare che la l. 71 §§ 5 e 6 *de legat. et fideic.*, e la l. 3 *de reb. eor.* dicano che il diritto dell'enfiteuta sia un *jus in re aliena*, e per conseguenza dicano il contrario delle leggi da noi citate. Invece ci sembrano che siano dettate per provvedere ad altre questioni e non contengano il principio loro attribuito. Invero la prima di codeste leggi contempla il caso che

un fondo vettigale di municipi siasi legato ai municipi stessi, e risolve affermativamente il quesito se il legato stia e possa domandarsi, notando che Giuliano scrisse che quantunque il fondo sia vettigale degli stessi municipi, pure rappresentandovi quegli che legò, *qualche diritto*, il legato debba valere. Se non andiamo errati, da codesto frammento non può trarsi altro, in ordine all'enfiteusi, che la distinzione fra il dominio diretto ed il dominio utile; perchè Ulpiano, del quale è la legge, sull'autorità di Giuliano dice: se ai municipi, cui spetti la proprietà ed il dominio diretto di un fondo, sia legato anche il dominio utile, il legato può domandarsi. Nella seconda legge, poi, lo stesso giureconsulto Ulpiano esamina il quesito se possa il tutore distrarre il diritto d'enfiteusi o quello d'ingresso posseduto dal pupillo, e nel risolverlo negativamente soggiunge: quantunque il diritto del pupillo, ossia il dominio utile, sia piuttosto un diritto sul fondo. Ciò fa dire al prof. De Crescenzio che Ulpiano abbia ritenuto l'enfiteusi un *jus in re aliena*. Ma gli si può osservare in contrario che appunto perchè il giureconsulto romano ha deciso di non potere il tutore alienare di propria autorità il dominio utile spettante al pupillo, ha dovuto considerare questo un vero diritto di proprietà, per la cui distrazione la legge richieder doveva maggior garentia di quella dell'autorità del solo tutore.

Detto così con sufficiente ampiezza, crediamo, delle opinioni del Mirabelli e del De Crescenzio, che convergono fra loro, e sono opposte a quella professata dal Fulci e dal Colamarino, accenneremo brevemente a quella del Laurent, che somiglia alle prime; ciò non per amore di citazioni, ma perchè l'illustre professore, come tutti sanno, si riferisce alla legge belga. Questa, conservando l'enfiteusi ripudiata dal codice Napoleone, ne tratta insieme con gli altri smembramenti della proprietà, non impone però all'enfiteuta l'obbligo delle migliorie, onde può dirsi di altro carattere della nostra enfiteusi, dalla quale si differenzia pure, perchè non può essere che temporanea, non minore di 27 e non maggiore di 99 anni; ma come per la nostra legge, l'enfiteuta acquista il pieno godimento della cosa. Il Laurent, dopo aver stabilito che il carattere essenziale dell'enfiteusi consiste nella cessione all'enfiteuta di un diritto reale sul fondo, e dopo averla confrontata con la vendita, con la locazione e con l'usufrutto, si domanda quale sia la natura di codesto diritto. Egli nega che il diritto dell'enfiteuta possa dirsi dominio utile del fondo, perchè secondo lui il dominio rimane *intero* presso il direttario, e ritiene che non sia altro che il diritto reale di godere i prodotti del fondo, lasciandosi a costui il *pieno diritto*, il *diritto di proprietà*. Mostrasi infine propenso ad accettare la definizione datane dal Cujacio e dal Donello, cioè che sia un *quasi dominio* (1).

---

(1) V. *Princ. droit civ.*, t. VIII, n. 348 a 361.

Chiudiamo qui la trattazione del primo dei tre temi che circa l'istituto dell'enfiteusi ci siamo proposti, perchè, se l'amor proprio non c'inganna, crediamo di averne detto sufficientemente, per sostenere l'opinione da noi professata, riscontrarla nel diritto romano, nella legislazione del 1819 ed in quella vigente, corroborandola altresì con la giurisprudenza e sostenerla, come meglio ci fu dato, di fronte alle teorie contrarie di autorevoli scrittori e maestri del giure civile.

Napoli, 23 dicembre 1899.

AVV. AMILCARE DE ROSA.

RECENSIONI.

Copia e collazione di atti. — ERNESTO MILANO, Giudice al Tribunale di Campobasso. — Società Editrice Libraria, Milano 1900 (Estr. dall'*Enciclopedia giuridica italiana*).

È una sobria e utile monografia, nella quale la *copia* degli atti viene studiata in tutte le sfere e in tutti gli aspetti, tenendosi conto in modo conciso, ma chiaro, dei principii della dottrina e della giurisprudenza. Quindi le quattro parti del lavoro in quante la copia è considerata nel diritto civile, nel procedimento civile, nel diritto penale, nelle leggi amministrative, con larghi cenni sui precedenti storici, sulla teorica generale, sul diritto positivo italiano e francese, con acconcia ripartizione della materia nelle parti più specifiche dello stadio istruttorio e nello stadio giudicatorio, in quello di esecuzione, tanto per rispetto al diritto penale, quanto per rispetto al diritto civile e amministrativo, nella di cui vasta cerchia l'A. comprende l'esame della copia nel catasto, nel registro, nel bollo, nel notariato, nelle cancellerie. Insomma una esposizione sistematica e completa delle linee generali dell'importante tema, che raccomanda il libro ai pratici, e che fa onore all'autore. C. C.

MESSA dott. GIAN CARLO. — *Il contratto di mutuo.* — (Estr. dalla *Enciclopedia giur. ital.*), Milano, Soc. Editr. Libraria, 1900. Un volume di pag. 585.

È un trattato completo sul contratto di mutuo, che è esaminato in tutti caratteri essenziali e in tutte le sue forme, e commentato e illustrato diffusamente coi migliori autori e la prevalente giurisprudenza.

Dopo avere spiegata l'essenza del mutuo nelle sue condizioni necessarie per l'esistenza perfetta del contratto e nei suoi caratteri differenziali dalle altro specie di contratto, l'A. esamina e studia singolarmente le forme del contratto preliminare del mutuo, del mutuo condizionale, della proposta unilaterale di mutuo e delle semplici trattative di mutuo, dell'apertura di credito, del conto corrente e del contratto preliminare di conto corrente.

In questa ultima parte l'A. si sofferma a studiare il contratto di apertura di credito, e per quanto le conclusioni a cui arriva con autori e sentenze sieno

tuttavia molto discutibili, l'esposizione diligentemente fattane può servire di base agli studiosi e ai critici.

L'A. passa quindi a trattare dei soggetti del contratto di mutuo; e quivi esamina i mutui attivi contratti in nome e per conto altrui, con mandato e senza mandato; i mutui contratti in nome proprio e per conto altrui; i mutui contratti personalmente o a mezzo di mandatario stipulante in nome del mandante.

Nell'esame della capacità dei contraenti, l'A. si diffonde sulla capacità della donna maritata, degli inabilitati, dei minori emancipati, delle persone giuridiche e in ispecie dello Stato, dei Comuni, delle Provincie e delle Opere pie, e sulle conseguenze dei mutui contratti congiuntamente dai coniugi nell'interesse esclusivo della moglie o del marito, e sulla natura dei mutui contratti dalla donna maritata e dal minore emancipato nell'esercizio del commercio.

I capitoli successivi trattano distintamente delle cose che si possono mutuare e cioè delle cose fungibili, con le differenze fra il mutuo, il comodato e la locazione, della consegna nel senso legale di fatto giuridico in virtù del quale le cose mutuate vengono a trovarsi nella libera disposizione del mutuatario, il che può avvenire colla consegna materiale, con la consegna delle chiavi dei magazzini, con la girata o consegna della lettera di vettura o girata della fede di deposito, ecc.; e degli effetti del contratto di mutuo, riguardo al trapasso del dominio nel mutuatario, al passaggio del rischio e pericolo nel mutuatario, e all'obbligo del mutuatario di restituire il *tantumdem*.

In fine con l'esame diligente e particolareggiato delle clausole accessorie del mutuo, compatibili con la sua essenza, nei rapporti del patto del corrispettivo, dei patti relativi alle garenzie e al pagamento delle imposte e alla restituzione, l'A. completa il suo lavoro di commento, seriamente studiato ed esposto intorno a questa importantissima forma di contratto, così frequente tra le convenzioni civili e commerciali. *a c f.*

(Dalla *Legge*, 1900, II, 576).

Libri pervenuti in dono.

CORSO cav. A. — *Nuovo commento alla legge com. e prov.* — Napoli, Pietrocola, 1900.

FERRERI E. — *L'asta pubblica nei contratti dei Comuni.* — Torino Bocca, 1901.

Atti della Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 dal ministro di G. G. e C. Finocchiaro-Aprile con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente cod. di proc. pen. — Vol. I-II. Roma, tip. della Camera dei deputati, 1900.

Dott. prof. G. B. GARANINI. — *Fiabe* (Alma Deleda). — Udine, tip. Barduono. L. 3.

Repertorio generale annuale di giurisprudenza, bibliografia e legislazione, in materia di diritto civile, commerciale, penale e amministrativo (Indice del *Foro ital.*), vol. XXIV, anno 1899. — Roma, Società Editrice del *Foro*, 1900.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

TORINO, 21 novembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Bozzi — *P. M.* Borgnini.

1. *Il matrimonio contratto in Italia, sia da cittadini, sia da stranieri, non può essere disciolto in Italia se non colla morte di uno dei coniugi* (1).

2. *I tribunali italiani non possono pronunziare il divorzio fra coniugi stranieri* (2).

3. *Neppure possono rendere esecutiva in Italia la sentenza estera che pronunzia il divorzio fra due coniugi, già cittadini italiani, i quali siansi procurata una nazionalità straniera allo scopo di far risolvere il loro matrimonio per cause diverse da quell'unica riconosciuta dall'art. 148 cod. civ.* (3).

Nei primi 11 motivi del ricorso si investe la sentenza 30 novembre 1898 della Corte di Milano nella causa promossa da Spotti Maria contro il marito Pietro Flori, nella quale il tribunale di Milano dopo avere con sentenza 8 giugno 1897 ammessi incombenti di prova sulle relative risultanze, proferiva poscia la sentenza 19 luglio 1898, tenuta ferma dalla Corte d'appello, colla quale pronunziava il divorzio fra detti coniugi, applicando le disposizioni delle leggi del Canton Ticino, patria del Flori. La questione di diritto sottoposta alla decisione del Supremo Collegio, racchiusa nei suaccennati motivi di gravame ed in quanto riflette la pronuncia dei magistrati del merito (còmpito a cui deve limitarsi il Collegio), si compendia nel seguente quesito: Per le norme che regolano il diritto pubblico interno del

---

(1-3) Le sentenze denunziate dal procuratore generale sono le seguenti: App. Milano, 30 novembre 1898, confermativa di quella del Trib. di Milano, 8 giugno 1897 (*Filangieri*, 1897, 620); App. Modena, 12 aprile 1898 (*Ib.*, 1898, 374); App. Brescia, 25 aprile 1898 (*Mon. Trib.*, 1899, 11); App. Milano, 6 dicembre 1898 (*Filangieri*, 1899, 130). Commendevole è stato senza dubbio il pensiero di far risolvere le gravi controversie in quelle decise dall'autorità di una Corte regolatrice e ne siamo certo ben lieti noi, che fin dall'apparire della sentenza del Tribunale di Milano che riconosceva al magistrato italiano la facoltà di pronunziare il divorzio fra cittadini stranieri abbiamo creduto di dovere esporre i nostri dubbi sull'argomento. Quella sentenza fece proseliti: la massima fu ribadita da diverse pronunzie, riguardose (pareva e pare anche oggi a noi) piuttosto che dell'applicazione della legge scritta, dell'attuazione di un comune desiderato dei popoli più progrediti, l'istituto del divorzio, che vige, senza inconvenienti, anzi con notevoli vantaggi, presso nazioni avanzatissime in civiltà. A nostro modesto avviso (come abbiam detto altra volta) l'art. 12 delle disp. prel., a non voler cancellarlo dal codice, vieta conclusione siffatta (cfr. da ultimo, MILONE, in questo *Filangieri*, 1899, LXXIX; FUSINATO, nella *Encicl. giur.* v. *Delibazione* (giudizio di); e parimenti crediamo (*Filangieri*, 1898, 374) che quando il cittadino denazionalizzato si presenti al giudice italiano per la delibazione della sentenza ordinativa del divorzio non possa il magistrato concedere a questa esecuzione dove consti che la naturalizzazione estera fu chiesta unicamente *in fraudem legis*. Non sapremmo comprendere perchè debba essere tanto favorita la condizione di chi, per liberarsi dal peso, sia pur grave, della indissolubilità del matrimonio, ha repudiato la patria; e meno ancora capiremmo che si favorisse colui il quale al medesimo fine ha fatto ricorso allo spediente di una denazionalizzazione da burla (spediente concesso a pochi privilegiati), salvo riprendere, ottenuto lo scopo, la nazionalità italiana, che non potrebbe essere negata se non per l'identico motivo che si vuole dai contraddittori non abbia efficacia di divietare la pronunzia del divorzio.

Ma (ne sembra almeno) non si deve andare più in là. E la Corte suprema, secondo il modesto nostro avviso, è andata ben oltre e, più ancora, ha motivato tutt'altro che esaurientemente la prima, e peggio anche la seconda delle sue conclusioni. Con questa essa stabilisce che il magistrato italiano, se può accordare esecuzione alla sentenza straniera che abbia pronunziato il divorzio fra stranieri coniugati all'estero, non può farlo invece quando i due coniugi stranieri abbiano *celebrato il loro matrimonio nel*

regno può essere lecito ai magistrati italiani dar corso ed accogliere una domanda per divorzio presentata da coniugi siano pure di cittadinanza estera, ma nel regno domiciliati e residenti, e che nel regno contrassero matrimonio?

Il tribunale di Milano, con lunga dissertazione nelle due sentenze suaccennate, ritenne l'affermativa non ostante le contrarie conclusioni del P. M., e la Corte d'appello mantenne ferma la pronuncia del divorzio, pur modificandola negli effetti, e cioè sull'applicazione di uno piuttosto che di altro degli articoli della legge estera.

Questo Supremo collegio deve riprovare cotale decisione, siccome contraria ai più elementari e sicuri principî di diritto pubblico interno relativi alla indissolubilità del matrimonio, alla parola e più ancora alla mente del legislatore italiano.

Senza qui richiamare le considerazioni su codesta tesi svolte dalle Supreme Corti in più giudicati (Cass. di Torino 13 giugno 1874, De Leman c. Duschè; Cass. di Firenze 31 genn. 1884, Degli Albizzi c. Welikanoff; e Cass. di Roma 4 aprile 1891, Fulconis c. Bertrando), senza ricorrere ai pareri dei più autorevoli scrittori in materia, e salvo le maggiori argomentazioni che, per evitare inutili ripetizioni, si verranno esponendo più avanti conoscendo del ricorso contro le altre sentenze; a dimostrare l'erroneità del giudicato dei magistrati del merito basta per ora osservare: Lo straniero il quale viene a contrarre matrimonio in Italia implicitamente e necessariamente riconosce e si assoggetta alle disposizioni della legge italiana in tema di matrimonio, viene quindi ad accettare la condizione assoluta stabilita all'art. 148 c. c., secondo cui il matrimonio qui contratto non si scioglie che colla morte, e l'altra sancita all'art. 56 stesso codice, per la quale in Italia non può contrarre altre nozze chi è vincolato da un matrimonio precedente. Lo straniero, recita l'art. 3 c. c., è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini; ma correlativi ai diritti vi hanno anche i doveri, ed è assurdo presumere e ritenere che il legislatore italiano, che pur con detta disposizione volle favorire lo straniero, abbia inteso attribuirgli maggiori diritti di quelli che non siano concessi ai cittadini. Di conseguenza, se non può essere dubbio che i magistrati italiani non avrebbero facoltà colle leggi che ci governano di pronunciare il divorzio tra cittadini italiani,

---

Regno. « E ciò a maggior ragione, soggiunge la Corte, deve dirsi quando il matrimonio fu in Italia contratto da regnicoli, che rinunciano alla cittadinanza italiana, acquistando quella estera allo scopo di ottenere il divorzio ».

Ora, o noi andiamo completamente errati, o affermazione così grave che lo straniero, maritandosi in Italia, viene a contrarre le sue nozze sotto il vincolo dell'indissolubilità, avea mestieri di una ben diversa e più ponderata dimostrazione che non le abbia dato la Corte suprema. Fin qui noi avevamo creduto che *lo stato e la capacità delle persone e i rapporti di famiglia* fossero regolati dalla legge *della nazione a cui esse appartengono*. Lo straniero che contrae matrimonio in Italia sarà bensì sottoposto alle *formalità* prescritte dalla legge italiana per la sua celebrazione, ma lo contrarrà coi diritti, coi doveri, colle discipline che sancisce la legge della nazione cui egli appartiene. Sarà quindi un matrimonio indissolubile o no secondo vuole la sua legge. Non si vede proprio in che ciò possa essere contrario all'ordine pubblico o alla morale, non si vede in che il nostro diritto pubblico interno possa essere compromesso dal fatto che il magistrato italiano riconosca disciolto il matrimonio e liberi i coniugi stranieri quando le loro nozze furono legalmente risolute dal giudice estero che pronunziò secondo la legge la quale doveva regolarne i rapporti di famiglia. Confessiamo di non comprendere affatto quale efficacia possa spiegare a pro della tesi della Corte la disposizione dell'art. 3 cod. civ. per la quale lo straniero essendo equiparato nei diritti ai cittadini, deve esserlo pure nei doveri e quindi anche rispetto all'indissolubilità del matrimonio; giacchè in tal guisa quel principio altamente liberale verrebbe in realtà a ritorcersi a danno dello straniero, limitando il riguardo alla sua legge nazionale in un caso appunto in cui per tradizione, per sentimento, ecc. ha maggior interesse a vederla rispettata. Il richiamo poi che fa la sentenza all'art. 9 disp. prel. è addirittura sibillino, a meno di non voler giungere all'assurdo di ravvisare nel solo fatto di celebrare il matrimonio in Italia la dimostrazione della volontà dello straniero di seguire le discipline imposte dal legislatore per le nozze dei cittadini.

Per quanto è dell'ultima parte della seconda conclusione della Corte suprema, osserviamo: che il cittadino sinceramente e legittimamente denazionalizzato è divenuto straniero e altre norme non gli si possono applicare se non quelle che regolano, in Italia, gli stranieri; che lo Stato ha certamente diritto di pretendere che il cittadino non faccia getto della nazionalità unicamente allo scopo di frodarne le leggi d'ordine pubblico; che all'uopo il giudice nazionale ha il dovere di smascherare la frode negando esecuzione alla sentenza di divorzio in quanto abbia costituito il solo scopo della denazionalizzazione, che questa frode deve però essere dimostrata ed è arbitrario presumerla, come fa la sentenza; che la suprema Corte può bensì imporre al magistrato di merito di esaminare se le circostanze della specie comprovino la sussistenza della frode: ma il relativo apprezzamento del giudice di merito sfugge alla censura del tribunale del diritto.

per la stessa ed a maggior ragione non lo possono per lo straniero che in Italia abbia celebrato il matrimonio. Il vincolo qui contratto sotto l'osservanza e protezione delle nostre leggi deve essere in tutti i suoi effetti regolato dalle leggi medesime (art. 9 disp. prel.), e queste altro scioglimento non riconoscono che la morte. Potrà lo straniero nel suo paese, quando le leggi del luogo lo acconsentano, ottenere lo scioglimento del matrimonio qui celebrato, potrà anche contrarre nuove nozze in quei paesi in cui il divorzio è riconosciuto, ma non potrà mai chiedere lo scioglimento alle autorità italiane, perchè la nostra legge non ammette siffatta azione, come non potrà qui contrarre nuove nozze e neppure ottenere che la sentenza di divorzio venga annotata in margine dell'atto di matrimonio, paralizzandone e distruggendone gli effetti, perchè in Italia è sempre vincolato dal matrimonio qui contratto.

A questo punto, ricordando quanto si espose in linea di fatto, e gli stessi motivi di gravame della Procura generale, si affaccia una questione od eccezione pregiudiziale. La Corte di Milano, nella denunciata sentenza, proponendosi la conclusione del P. M. colla quale si chiedeva « non potersi dalle autorità giudiziarie italiane pronunciare sentenza di divorzio », disse che alla relativa indagine opponevasi la cosa giudicata, contenuta nella prima sentenza 8 giugno 1897 del tribunale, e ne addusse le ragioni, riportando le considerazioni svolte nella sentenza medesima. Ora se il magistrato d'appello non ebbe direttamente a discutere ed applicare i disposti della nostra legge che riflettono il matrimonio, trincerandosi nella regiudicata, e se, giusta i costanti insegnamenti della giurisprudenza, il suo convincimento sulla esistenza o meno della cosa giudicata è incensurabile perchè basato ad indagini ed apprezzamenti di fatto, si potrà dire attendibile la censura di violazione di quei disposti di legge citati nel ricorso, che dal magistrato del merito, lo si ripete, non furono nè interpretati nè applicati? In tesi generale, per il rispetto dovuto all'istituto della cosa giudicata, che *pro veritate habetur*, ed alla incensurabilità degli apprezzamenti dei giudici del merito, si deve rispondere negativamente. Senonchè, ad avviso del Collegio, nel caso speciale, altre considerazioni di pubblico interesse concorrono per le quali, pur rispettando la regiudicata e l'apprezzamento, la denunciata sentenza della Corte milanese non può sottrarsi alle censure mosse dalla Procura generale ed al domandato annullamento.

È indiscutibile, è riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e risulta dalle disposizioni degli art. 139, 148 ord. giudiz., 519 c. p. c., che il P. M. quando agisce od interviene in giudizio non come parte, ma nel puro interesse della legge, non è vincolato da termini, e ad esso quale rappresentante la legge non si può opporre la regiudicata, che riguarda unicamente le parti contendenti, tanto è vero che queste non possono giovarsi dell'annullamento del giudicato (art. 519 c. p. c.). Nella causa Spotti-Flori il P. M. interveniva avanti il tribunale e la Corte d'appello non già come parte, ma per obbligo di legge (art. 346 c. p. c. modificato dalla legge 28 nov. 1875, art. 1), e le conclusioni e domande che proponeva non erano già nell'interesse dell'uno o dell'altro de' coniugi contendenti, ma miravano unicamente a far rispettare la legge italiana, così male in materia di divorzio invocata dalle parti, e così male intesa ed applicata dai giudici. Di conseguenza erroneamente la Corte di Milano, alle istanze del P. M. volle opporre una eccezione di cosa giudicata, che, nella veste in cui trovavasi in giudizio, non lo poteva riguardare. Nè può fare ostacolo all'annullamento della impugnata sentenza il riflesso che essendosi la Corte soffermata alla cosa giudicata, non avrebbe direttamente violate le disposizioni di legge sopra accennate. Se è vero che nei suoi considerandi la denunciata sentenza accenna a soffermarsi alla regiudicata per rifiutarsi ad esaminare le conclusioni del P. M., in effetto però col suo dispositivo mantiene ferma la pronuncia di divorzio, e di più applica le leggi estere al riguardo, modificando in parte la pronuncia del tribunale; ad ogni modo poi se, per quanto sopra si disse, non vi può essere termine nè giudicato per il P. M. quando ricorre nel solo interesse della legge, nessun vincolo vi può neppure essere per questo Supremo collegio, quando solo nel pubblico interesse riconosca che più o meno direttamente una sentenza ha manomessa la legge.

Gli altri motivi del ricorso della Procura generale riflettono più strettamente le sentenze delle Corti di Modena, di Brescia e di Milano, colle quali in sede di delibazione si accordò l'esecutorietà nel regno e l'annotamento nei registri dello stato civile, ai giudicati esteri che pronunciarono il divorzio fra li coniugi Franchetti-Levi, Massarani-Finzi, Litta Visconti-Tarsis, i quali tutti, già cittadini italiani, avevano qui celebrato matrimonio.

Al riguardo di questi reclami il Collegio crede bene stabilirne la portata. Con essi non si presenta al giudizio della Suprema Corte la questione, sulla quale può dirsi costante la dottrina e la giurisprudenza, se una sentenza estera di divorzio pronunciata fra stranieri che all'estero contrassero matrimonio,

possa essere riconosciuta e dichiarata esecutoria dai tribunali del regno; e neppure si presentano direttamente le altre quistioni, molto dibattute, se ed in quali limiti i tribunali del regno possano avere giurisdizione sulle questioni di stato che sorgono fra stranieri, o se le sentenze estere sopra quistioni di stato non siano soggette a delibazione, se non in quanto riguardano i rapporti patrimoniali; la tesi presentata dalla Procura generale è più seria, e ad essa non si possono strettamente applicare nè le memorie degli scrittori, nè le sentenze dei magistrati pronunciate sulle accennate questioni. La detta tesi si può così compendiare: Può essere dal magistrato italiano riconosciuta e resa esecutoria nel regno, e può essere trascritta nei nostri registri dello stato civile, una sentenza di autorità estera che discioglie, pronunciando il divorzio, il matrimonio contratto in Italia da cittadini italiani, quando questi ripudiando la cittadinanza italiana assunsero quella estera?

Le sentenze denunciate, senza proporsi tale quesito, e senza ponderare alle gravi conseguenze della pronuncia, risposero affermativamente, basandosi ai disposti di legge che dal P. M. si dicono ora violati ed alle disposizioni che regolano la perdita della cittadinanza (art. 11 e seg. c. c.) per le quali il cittadino diventa straniero, e resta soggetto e può invocare le leggi dello Stato in cui ha acquisito la nuova cittadinanza.

Questo Supremo Collegio non esita a ritenere e dichiarare errata tale pronuncia, e contraria non solo a disposizioni di ordine pubblico, ma anche alla morale. Il principio della reciproca indipendenza e della sovranità degli Stati vieta che uno fra essi possa ad una disposizione propria imprimere di sua autorità una esistenza internazionale, imporsi ad una legge proibitiva di altro Stato, ad una legge cioè riguardante atti e fatti che il legislatore dell'altro Stato vuole impedire che si compiano. La disposizione dell'art. 6 disp. prel. c. c., per la quale lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono, e così pure quella dell'art. 102 c. c. sulla capacità dello straniero a contrarre matrimonio, non possono nella loro intelligenza ed applicazione disgiungersi da quanto è sancito all'art. 12 disp. prel. c. c., e cioè che in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese estero, e le private convenzioni e disposizioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernono le persone, i beni, o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume; e di conformità il codice di procedura all'art. 941 n. 4 sanziona che nel giudizio di delibazione il magistrato deve esaminare se la sentenza estera contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico od al diritto pubblico interno dello Stato.

Per quanto perciò la massima sancita all'art. 6 disp. prel. c. c. sia concepita in termini generali, essa non esclude la possibilità di eccezioni, giusta quanto è poi sanzionato all'art. 12, ond'è che la dottrina concorde colla giurisprudenza ritiene che non debbansi applicare qui le leggi personali dello straniero, quando esse gli attribuiscono una capacità personale ed uno stato che dalla nostra legislazione sia considerato come contrario all'ordine pubblico. E sarebbe invero enorme e contrario alle nostre istituzioni d'ordine pubblico che si avesse qui con pronuncia diretta od in via di delibazione a sanzionare la schiavitù, la poligamia, la ricerca di paternità e simili, solo perchè lo straniero invoca le leggi del suo paese, che tali istituti, riprovati dal legislatore italiano, ammettono.

Ora, che gli art. 56 e 148 c. c. contengano una vera disposizione *proibitiva* riflettente lo stato personale, non può in alcun modo essere disconosciuto, come non può essere con serietà e fondamento conteso che la disposizione medesima è di ordine pubblico, la cui osservanza è necessaria ed è imposta per l'interesse pubblico. Il matrimonio è la base della famiglia, e le famiglie a loro volta sono base e caposaldo della società politica; epperò il matrimonio tocca ai più alti e delicati interessi sociali, e riguarda l'interesse generale, perchè mentre con esso sorge la famiglia, le leggi che lo regolano e che regolano pure i rapporti che ne derivano, hanno influenza sul buon costume pubblico. Il matrimonio ha carattere fondamentale di una vera e propria istituzione sociale, e tale lo considera appunto il legislatore italiano, ed il divieto del divorzio da esso imposto è dettato da motivi d'interesse della società civile, della quale la pace, l'ordine ed il morale svolgimento sarebbero grandemente pregiudicati col divorzio.

Gli ora esposti principî, già affermati dalle sentenze dei Supremi Collegi sopraindicate, sarebbero sufficienti a dimostrare l'erroneità dei giudicati denunciati a questa Corte; ma volendo pur sommariamente discendere all'esame dei principali argomenti in essi svolti, sarà facile, attenendosi, come avrebbe dovuto farlo i magistrati del merito, alla legge che ci governa, trovarne la confutazione.

Non è d'uopo ripetere che male s'invoca l'art. 6 disp. prel. c. c., perchè esso deve essere posto in consonanza col successivo art. 12, mentre poi, come già si disse, è contraddire alla parola ed alla volontà del le-

gislatore italiano, negare che le disposizioni tutte riguardanti l'unione coniugale sono di ordine pubblico, riflettenti la morale, il buon costume, la famiglia, cardine di ogni civile nazione.

È futile l'argomento che si vuol desumere dal disposto dell'art. 102 c. c., il quale per lo straniero richiamerebbe solo le disposizioni, ossia gl'impedimenti stabiliti dalla II Sezione, capo I, tit. V del codice, e non anche il disposto dell' art. 148 stesso codice, perchè, a parte che fra le disposizioni richiamate vi ha pur quella dell'art. 56, che sostanzialmente come l'art. 148 divieta il divorzio, è ovvio il riflesso che se era prudente che il legislatore accennasse che lo straniero che vuol contrarre matrimonio in Italia fosse soggetto a determinati impedimenti, all'osservanza di determinate norme o condizioni, non aveva necessità di richiamare una disposizione generale, proibitiva, caposaldo dell'unione matrimoniale.

Malamente si ricorre al disposto dell'articolo 103 c. c. pel quale lo straniero che voglia celebrare matrimonio nel regno deve presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese cui appartiene, dalla quale consti che, giusta le leggi da cui dipende, nulla osta al divisato matrimonio. Lo straniero che nel suo paese ha contratto matrimonio, e che in base alla legislazione del suo paese avesse ottenuto il divorzio, potrà in Italia contrarre nuove nozze, perchè le precedenti furono strette e sciolte da chi era competente a celebrarle e scioglierle; ma quando il precedente matrimonio fu celebrato in Italia col vincolo della indissolubilità, non potrà, per quanto svincolato all'estero, qui contrarre nuove nozze, perchè verrebbe a ledere e derogare il principio di indissolubilità stabilito dalla nostra legge. Il citato art. 103 c. c. nel suo comma stabilisce che lo straniero che vuole qui contrarre matrimonio, deve far seguire inoltre le pubblicazioni secondo le disposizioni del codice; ed è noto che lo scopo delle pubblicazioni è quello di dar agio a chiunque di notificare all'autorità gl'impedimenti che secondo le nostre leggi potrebbero opporsi alla celebrazione del matrimonio, ed al sicuro per le nostre leggi l'impedimento maggiore è quello del matrimonio già contratto, e che non sia stato sciolto colla morte, o per motivi di nullità.

Nessuna importanza può avere l'argomento desunto dall'art. 79 c. c., imperocchè egli è evidente che quando in detto articolo si accenna alle sentenze che provino lo scioglimento del matrimonio, la legge, che con tassativa disposizione non riconosce altro scioglimento che la morte, intese alludere a quelle sentenze che provvedono nei casi previsti dagli art. 364, 391, 392 e 396 c. c., tant'è vero che agli art. 72 e 95 del R. D. 15 nov. 1865 sull'ordinamento dello stato civile non si fa cenno che delle sentenze di annullamento del precedente matrimonio.

Infine le denunciate sentenze con ragionamenti più o meno spinti ed azzardati, e non sempre coerenti e conseguenti cercano di sostenere: che non può dirsi contrario alla morale ed al buon costume un istituto, il divorzio, ammesso da parecchie nazioni civili, e che formò oggetto di studi, progetti e proposte anche in Italia; che il detto istituto non l'*ordine*, ma riguarda piuttosto l'*interesse* pubblico; che l'ordine pubblico non è un concetto astratto, assoluto, immutabile, ma relativo e variabile secondo l'evoluzione giuridica e sociale degli Stati; che il matrimonio infine non è che un contratto, ed altre simili affermazioni.

A tutto ciò questo Supremo Collegio risponde: che il magistrato italiano è chiamato ad applicare la legge come è secondo la volontà chiara, espressa del legislatore, ma non può a questo sostituirsi, senza violare le norme più elementari di diritto e di sovranità; che le accennate considerazioni potranno valere come un suggerimento al legislatore della opportunità o meno di nuove e differenti disposizioni, non autorizzano però a disconoscere e violare quelle attualmente vigenti, siano pure non conformi alle aspirazioni del tempo; che è principio indiscusso che ciascun Stato è sovrano ed indipendente, ed esso solo ha diritto di apprezzare e stabilire nel proprio interesse morale, economico e pubblico, l'opportunità o meno di determinati istituti, di permettere o proibire determinati atti, e la legge o la sentenza straniera non può imporsi e distruggere quanto il legislatore italiano ha creduto opportuno di sanzionare; che la distinzione tra ordine ed interesse pubblico è più di parole che di sostanza, essi sono concetti che si fondano e si assorbono; avvegnachè quando si dice che un principio si attiene all'interesse pubblico, si crea contemporaneamente l' idea che il principio stesso riguardi l'ordine pubblico, perchè la disposizione d'ordine pubblico non può essere dettata che per una ragione d'interesse generale; che il nostro codice con sanzione chiara, espressa (art. 56 e 148), non ammette il divorzio, e conforme alla lettera è anche la vera intenzione del legislatore quando si ricordino le parole dette dal ministro guardasigilli Pisanelli in seno alla Commissione senatoria:

« Il matrimonio è un' alta istituzione sociale che cade sotto le prescrizioni dello Stato. Allo Stato incombe di regolare i modi

con cui la nuova famiglia si costituisce e determinarne i diritti. Il nuovo codice esclude affatto l'idea del divorzio. Quando una legge collocasse sulla soglia del matrimonio e nel suo seno l'idea del divorzio, essa avvelenerebbe la santità delle nozze, ne deturperebbe l'onestà, perchè quell'idea si muterebbe nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto ». Parole e concetti richiamati pure nella relazione della Commissione senatoria, e che rispondono alla strana teoria di coloro che nella celebrazione del matrimonio non vogliono ravvisare che un semplice contratto.

Le ora esposte considerazioni valgono anche nei rapporti dei cittadini italiani, che dopo avere qui celebrato matrimonio, rinunciano alla cittadinanza e ne acquistano altra all'intento di procurare ed ottenere all'estero il divorzio, come si verificò nei tre casi sopra riferiti. Anzi in tali casi altre e non meno gravi ragioni concorrono a dimostrare come non possa la magistratura italiana prestarsi a riconoscere e sanzionare, accordando l'esecuzione, la sentenza di divorzio. Concorre la frode alle nostre leggi ed è risaputo che non possono ritenersi validi atti eseguiti in frode alla legge patria, ai principî di ordine e diritto pubblico da essa stabiliti; concorre il riflesso che non può ritenersi morale il fatto di persone che cambiano più volte cittadinanza secondo l'interesse momentaneo, e la disparità di trattamento tra poveri e ricchi, giacchè solo questi ultimi possono sopportare le spese inerenti alla emigrazione all'estero ed all'acquisto della cittadinanza estera; concorre la considerazione, che ammesso che il legislatore italiano acconsentisse l'azione di divorzio, limitando, come è naturale, i casi del relativo esercizio, il qui coniugato cui non talentasse detta limitazione potrebbe più o meno seriamente acquistare la cittadinanza di altro paese, la cui legislazione in materia fosse più larga, ed ottenervi il divorzio per altre cause non consentite dalla nostra legge, ed il magistrato italiano, secondo la teoria inaugurata nelle impugnate sentenze, dovrebbe tollerare, anzi approvare e sanzionare siffatta evidente frode, questo enorme spregio alle patrie leggi, a scapito di ogni più sano principio di sovranità e di indipendenza; concorre infine la ingiustificata condizione in cui verrebbe posta la donna maritata, la quale, avendo qui acquistato il diritto alla indissolubilità del matrimonio, sarebbe posta alla mercè del marito che, cambiando di suo capriccio nazionalità, verrebbe ad ottenere rescisso quel vincolo, che secondo la nostra legge, all'egida della quale il matrimonio fu celebrato, deve essere indissolubile.

Riassumendo, questo Supremo Collegio ritiene fermamente che la retta intelligenza ed applicazione dei disposti di legge sopra citati, in relazione ai principî cardinali di diritto pubblico interno del nostro Regno, conduce alle seguenti conclusioni:

1.° L'autorità giudiziaria italiana non può dar corso e molto meno ammettere una domanda di scioglimento di matrimonio sia esso celebrato in Italia od all'estero, perchè la nostra legge non ammette assolutamente siffatta azione;

2.° L'autorità giudiziaria italiana non può riconoscere e rendere esecutiva nei rapporti di diritto personale una sentenza estera che pronunciò lo scioglimento di un matrimonio celebrato in Italia colle condizioni e forme qui vigenti, e non può quindi autorizzare la trascrizione od annotamento della sentenza estera di divorzio in margine all'atto di matrimonio ricevuto dall'ufficiale dello stato civile italiano. E ciò a maggior ragione deve dirsi quando il matrimonio fu in Italia contratto da regnicoli, che rinunziarono poscia alla cittadinanza italiana, acquistando quella estera allo scopo di ottenere il divorzio.

Le denunciate sentenze avendo disconosciuto questi principî, debbono essere, come è chiesto dalla Procura generale, poste nel nulla nell'interesse della legge.

P. q. m., cassa, ecc.

—

TORINO, 24 novembre 1900 — *Pres.* Mussita — *Est.* De Giuli — *P. M.* Piroli = Sgarbi e Motti c. Benedini.

È insindacabile il giudizio con cui il magistrato di merito si sia limitato, allo stato degli atti, ad ordinare alle parti una più ampia istruzione della causa (1).

Si eccepisce in via pregiudiziale dal controricorrente Benedini l'irrecivibilità del ricorso dei coniugi Motti-Sgarbi, allegando che essi non avevano interesse di denunciare la sentenza puramente preparatoria che lasciava in sospeso ogni pronuncia di merito, mandando alle parti di ulteriormente istruire la causa.

Non regge questa eccezione pregiudiziale. L'art. 517 c. p. c. acconsente il ricorso in Cassazione da ogni sentenza pronunciata in appello, senza distinzione da sentenza a sentenza.

---

(1) Cfr. Gargiulo, *Cassazione*, nella *Enc. giur.*, p. 115 e le sentenze ivi citate. — Vedi però Cass. Roma, 14 maggio 1884, Dessi-Cinus c. Cappai-Schirru (*La Legge*, 1884, II, 289).

Colui che abbia interesse a denunciare alcuna delle violazioni in quell'articolo contemplate, viene abilitato a impugnare il giudicato d'appello.

Ora dai ricorrenti Motti-Sgarbi si era chiesto in secondo grado la conferma pura e semplice della sentenza del tribunale che li aveva assolti dalle domande del Benedini.

L'avere la Corte d'appello sospesa la pronuncia di merito per far luogo ad una più ampia istruzione portò evidentemente alla conseguenza di non accogliere senz'altro, come si instava, la specifica domanda di conferma di quella sentenza dai coniugi Motta-Sgarbi dedotta a specifica conclusione. Il pregiudizio che loro ne veniva dalla predisposta maggiore istruttoria consisteva nel ritardo a pronunciare sulla validità o meno del giudizio esecutivo da essi intrapreso.

Da qui l'interesse di reclamare contro un giudicato che, omettendo di pronunciare in merito, concedeva il mezzo al Benedini di proseguire il giudizio per far valere quelle eccezioni che i coniugi Motti-Sgarbi ritenevano ben respinte dal tribunale.

Circa il ricorso, vuolsi tener presente che con esso si investe bensì la sentenza della Corte d'appello per quattro mezzi, ma che, a dir vero, tutti si concretizzano nel primo di esso, come quello che è assorbente d'ogni altro.

Sostanzialmente il ragionamento dei ricorrenti è questo: « La Corte ha riconosciuto che Benedini non aveva data la prova che l'obbligazione cambiaria fosse viziata di estorsione con violenza, e in fatto per causa illecita; col predisporre una maggiore istruzione della causa, mandava a completare ciò che non esisteva, violando manifestamente il disposto dell'art. 492 c. p. c. E la Corte ha giudicato su cosa non domandata, perchè Benedini non aveva dedotto prove di sorta oltre quelle documentali presentate in prima sede; essa si è sostituita al Benedini, ha insegnato a lui la via per la quale avrebbe potuto meglio far valere le sue eccezioni, e con ciò contravveniva alla categorica disposizione dell'art. 517 n. 4 c. p. c. ».

Se la posizione giuridica delle cose dovesse ritenersi tale, a ragione reclamerebbero i ricorrenti contro un giudicato che riconosciuto il difetto assoluto di prova nell'opponente attore Benedini, accordava a questo di poter proseguire il giudizio. Si sarebbe in tal caso conculcato il noto principio « *actore non probante, reus absolvendus* ». E giustamente si sarebbe pur rilevato che male il giudice si accinge a farla da patrocinatore, dacchè non è mandato che gli spetti « *ea quae fiunt a iudice, si ad eius non spectant officium, iuribus non subsistunt* ».

Ma corre diversa la situazione giuridica di fronte al motivato della sentenza.

La Corte di merito ha ammesso che Benedini non aveva data la prova che la contestata sua obbligazione cambiaria avesse avuto quella causa illecita che fu da lui accennata, consistente in una estorsione con violenza, ma non ha escluso che mancassero elementi per ritenere la sussistenza di altra causa illecita scatente da un compenso dato da Benedini alla Sgarbi per adulteri rapporti, o concesso per ottenere la continuazione dei medesimi. Anzi rilevò la Corte che tali elementi potevano desumersi dalle risultanze documentali e dalle dichiarazioni *hinc inde* fatte dai procuratori delle parti nelle loro comparse conclusionali. E allora ben si evince che la Corte di merito ebbe ad ammettere la presunzione che la cambiale fosse rilasciata per la continuazione di adulteri rapporti, e che si veniva a costituire un'obbligazione contaminata da causa illecita, e per ciò stesso nulla e di nessun effetto (articolo 1119 c. c.) comechè contraria al buon costume (art. 1122).

Spetterà poi al magistrato di merito il vagliare se l'osservazione sottoposta dai ricorrenti e riprodotta dalla sentenza del tribunale che un fatto immorale può far sorgere una causa lecita di obbligarsi, possa sussistere solo in quanto l'obbligazione si contragga per far cessare, per troncare il fatto immorale, e per risarcire il danno che dal fatto immorale può essere derivato a colui verso il quale si assume l'obbligazione. Ma che allorquando questa sorge senza l'obbiettivo di tale scopo salutare, ed anzi sorge per mantenere e continuare il fatto immorale, non si accenni allora, e in modo caratteristico una causa di obbligarsi illecita, perchè contraria al buon costume e allo stesso ordine pubblico.

Così stando le cose, la Corte di merito sarebbe entrata in un apprezzamento di presunzioni, in base al quale, pur riconoscendo la deficenza di una prova piena, assoluta, diretta, ritenne potersi quelle prove semipiene perfezionare e completare per mezzo di una maggiore istruttoria, implicitamente acconsentita dall'art. 492 c. p. c.

E così statuendo, emise giudizio incensurabile da questa Suprema Corte, dacchè è abbandonato alla facoltà del giudice del merito l'ordinare una più ampia istruzione, o la produzione di nuove prove — quando riscontri per le risultanze degli atti che maggiori prove si possono ancor presentare nell'interesse della verità, — quando la causa presenti nella sua istruzione qualche lacuna che ha duopo di essere colmata per emettere un retto e sicuro giudizio, — quando finalmente gli indizi e le presunzioni esistenti

in atti suffragano l'assunto dell'attore senza però aver potenza di risolvere senz'altro il merito della causa per incompleto ed irregolare svolgimento dato alla stessa.

In tale evento la più ampia istruzione viene generalmente riconosciuta come il mezzo più ovvio per risolvere una controversia alla stregua e col concorso di tutti quegli elementi, che occorrono al magistrato per emettere un saggio giudizio.

Non si violava quindi dalla Corte d'appello l'art. 492 c. p. c., come non contravveniva al disposto dell'art. 517 n. 4 stesso codice.

Non è invero pronunciare su cosa non domandata il dare un provvedimento che non racchiude pronuncia di merito, ma lascia invece ogni pronuncia impregiudicata.

Solo ad abbondanza si osserva infine intorno alla denunciata violazione di rito per difetto di motivazione, che la Corte si è tanto intrattenuta sulle conseguenze delle prove offerte dal Benedini, che trovò opportuno di ordinare una più ampia istruzione della causa, appunto perchè quelle prove riconobbe aver peso, per quanto non sufficiente ad emanare un retto giudizio; e, come si disse, la statuizione sfugge in tal caso alle censure di questa Corte regolatrice.

P. q. m., rigetta.

—

NAPOLI, 4 settembre 1900 — *Pres.* Salvati — *Est.* Burali d'Arezzo — *P. M.* Di Blasio = Sarli c. Paglionica.

La circostanza che l'avvocato e il cliente abbiano affidata di comune accordo la liquidazione della specifica a persone di loro fiducia sospende il termine della prescrizione stabilita per le azioni degli avvocati dall'art. 2140 cod. civ.

Sebbene la prescrizione rimanga civilmente interrotta da qualunque atto col quale il debitore o il possessore riconosca il diritto di quello contro cui era cominciata a norma dell'art. 2129 c. c., e sebbene codesto principio soggiaccia a modificazioni nelle prescrizioni brevi in quanto che è mestieri che il riconoscimento del debito altresì abbia luogo per iscritto onde sia valevole ad interrompere la prescrizione, nullameno il riconoscimento stesso differisce in un requisito essenziale dagli atti interruttivi in quanto che vi occorre la confessione del debitore o del possessore, la quale per regola produce lo stesso effetto degli atti interruttivi della prescrizione che emanano dal creditore o dal proprietario, e di conseguenza interrompe la prescrizione per il passato e non impedisce ad una nuova prescrizione di ricominciare nel momento stesso. Senonchè tale confessione può essere accompagnata da alcune modalità e condizioni che o valgono a costituire una novazione del credito ed in questa ipotesi la prescrizione che comincia a decorrere è una nuova prescrizione, differente da quella interrotta in quanto alla durata, ovvero può avere anche per effetto d'impedire temporaneamente il corso della nuova breve prescrizione. Nella specie i giudici di merito con la denunciata sentenza, nel ritenere il riconoscimento del debito da parte del signor Paglionica, fecero la più esatta applicazione della legge. Invero la domanda da lui sottoscritta nel 26 giugno 1882 contiene *expressam iuris alieni vel debiti confessionem;* egli infatti, nel rilevare le spese e l'opera prestata dal suo avvocato sig. Antonio Sarli e di avere ricevuto costui per onorari la rilevante somma di lire 15 mila, ne chiede dal presidente del tribunale la tassazione, e soggiunge di esser pronto a pagargli quel dippiù che potesse esser dovuto al suo avvocato. Ma rimuove ogni dubbio la convenzione racchiusa nel verbale sottoscritto così dal Paglionica come dal signor Sarli nel 31 luglio 1882; da essa rilevasi che sull'invito del presidente addivennero le parti ad amichevole convenzione nominandosi dal signor Sarli l'avvocato signor Gerardode Pilato e dal signor Paglionica l'altro avvocato signor Antonino Rinaldi ed indi si soggiunge: « tutte e due le parti di comune accordo deferiscono a costoro pieni poteri per l'esame della nota specifica che sarà presentata dal signor Sarli di tutte le spese da lui fatte per i vari giudizî sostenuti e compensi giudiziali e stragiudiziali a lui competenti come per legge non che un elenco delle somme anticipategli con le carte, produzioni e titoli alla base dei quali dovrà procedersi alla liquidazione la quale, per espresso volere delle parti, sarà svolta innanzi a noi, e noi presidente stante siffatto accordo diamo atto alle parti dell'impegno assunto astenendoci da ogni ulteriore provvedimento. »

Ora se il signor Paglionica riconobbe per lo meno un debito eventuale che dalla liquidazione poteva risultare nel favore del suo avvocato signor Sarli, se entrambi nominavano i rispettivi liquidatori per accertare il debito stesso, non pare dubbio il riconoscimento del debito sia pure eventuale del signor Paglionica verso il signor Sarli concorrendovi i requisiti giuridici dalla legge stabiliti a che si abbia la ricognizione del debito. La Corte di merito però obliò all'in tutto di prendere in considerazione le modalità e condizioni di tale riconoscimento, dappoichè se il pagamento della somma residuale per avventura dovuta dal signor Pa-

glionica al proprio avvocato doveva, giusta la convenzione, aver luogo *ex necesse* al seguito della liquidazione a farsi con le norme stabilite dalle parti, è di evidenza intuitiva che per quanto la liquidazione stessa non abbia luogo è impedito il corso della prescrizione triennale a termini dell'ultimo alinea dell'art. 2120 c. c.

Aggiungasi che la breve prescrizione si fonda sulla presunzione di pagamento, dacchè pel solito, *uti fit*, le obbligazioni del cliente verso il proprio avvocato si pagano prontamente o in breve tempo. Ora nel rincontro il pagamento va subordinato senza dubbio alla liquidazione che a dippiù sia. Ora non si è eseguita, come si riconosce dalle parti, ed i giudici di merito ritennero. Il perchè se il *dies natae actionis* pel pagamento della residuale somma dovuta al sig. Sarli non è quello della convenzione, bensì l'altro della liquidazione del credito da eseguirsi dalle persone prescelte ovvero nel caso in cui nol volessero o nol potessero da farsi nei modi legali, ne segue come la prescrizione triennale invocata e che la Corte di merito disse esser decorsa dal 25 luglio 1888 al 29 luglio 1890 non può invocarsi per esserne tuttavia temporaneamente sospeso ed impedito il corso dalla espressa convenzione. I giudici di merito violarono le cennate disposizioni e quindi va accolto il I e il II mezzo del ricorso principale degli eredi Sarli e rigettato il I motivo dell'altro ricorso condizionato degli eredi Paglionica, che vorrebbero tramutare in semplice trattativa di conciliazione il vero e proprio riconoscimento del debito per iscritto che il loro autore fece con le modalità dianzi rilevate nel verbale del 31 luglio 1882.

P. q. m., cassa, ecc.

—

ROMA, 27 agosto 1900 — *Pres.* Cardona — *Est.* Bondana-Vaccolini — Istituto Salesiano di Macerata c. Tommi.

Non va soggetta a tassa di dazio consumo per minuta vendita la somministrazione di generi alimentari fatta dal direttore di un istituto di educazione agli alunni (1).

Senza bisogno di esaminare i primi due motivi del ricorso, il terzo non può non essere accolto, in conformità di quanto già decise questo Supremo Collegio in questione identica e fra le stesse parti, con la recente sentenza del 29 gennaio scorso imperocchè, nella specie, le distribuzioni e le somministrazioni quotidiane di generi alimentari, che si compiono nell'Istituto salesiano di Macerata, Comune parificato aperto, non costituiscono in modo alcuno vendita al minuto. E veramente il direttore compra i generi all'ingrosso, e non li vende ad alcuno; ma li distribuisce anche a sè stesso, nonchè agli insegnanti, agli alunni ed ai domestici; tutti ne fanno uso e consumo, come in una bene ordinata famiglia; anzi, siccome il direttore acquista i generi all'ingrosso con parte del prezzo che pagano gli alunni a rate quadrimestrali anticipate, così ben può dirsi che per mezzo di lui gli alunni stessi facciano siffatto acquisto.

Ed è la minuta vendita che la legge colpisce di dazio, come si argomenta dall'art. 10 della legge 15 aprile 1897, capov. ultimo, e dagli art. 19, 23, 47, 119 e 120, 123, 139, 160 n. 3, 165 n. 2 *a* del regol. 27 febb. 1898: minuta vendita la quale, comunque fatta, deve però avere per iscopo il lucro e la speculazione sul consumo dei generi che si vendono: e le distribuzioni, per espressa disposizione dell'art. 138 del citato regolamento, non hanno lo scopo di lucro e di speculazione, se fatte al solo prezzo di acquisto, aggiunte le spese generali e di amministrazione strettamente necessarie.

Così si fanno, e non altrimenti, le distribuzioni nell'Istituto Salesiano; ove, per la tenuità delle rette, che variano da 264 a 372 lire all'anno, pel numero degli alunni gratuitamente accolti, e pel trattamento che ricevono in alimenti, educazione ed istruzione, non è possibile il guadagno e l'Istituto vive per generosi sussidi di cittadini e protettori.

Ma nel caso concreto, adunque, mancano gli estremi per reclamare il dazio, manca cioè la vendita al minuto e il conseguente fine di lucro e della speculazione; quindi non era necessario che la legge ne facesse esplicita esenzione, come ne fece per altri consumatori.

P. q. m., cassa, ecc.

—

TORINO, 24 agosto 1900 — *Pres.* Mussita — *Est.* Taglietti — *P. M.* Mancini — Marini c. Ropetto.

Il licenziamento dato al conduttore e seguìto dalla citazione a sensi dell'art. 1 della legge sulle licenze per rilascio di immobili, vale ad impedire la tacita riconduzione anche nel caso

(1) Benissimo. Tutta la questione si riduce, secondo noi, a vedere se l'operazione abbia fine di lucro o altro diverso. Cfr. da ultimo, stessa Corte, 6 dicembre 1899 in *Mon. Trib.*, 1900, 146. — In senso contrario, ma in ben altra specie, Cass. Roma, 8 giugno 1899 in *Filangieri*, 1899. 775, col richiamo.

in cui il giudizio iniziato con la detta citazione non sia stato poi continuato (1).

Sul II mezzo, col quale si imputa specialmente al tribunale di Chiavari la erronea interpretazione e violazione della legge 24 dic. 1896 sulle licenze per rilascio di beni immobili, non ha fondamento giuridico l'osservazione che quando il locatore si appiglia alla via tracciata da quella legge per licenziare il conduttore e lo cita per la convalidazione della licenza, ove più non coltivi il giudizio relativo perda ogni efficacia la licenza stessa, per essere questa indivisibile dalla citazione, la quale, se abbandonata, porta per conseguenza inevitabile anche l'abbandono della licenza.

L'art. 1 invero della citata legge speciale, in aggiunta a quanto dispone la legge ordinaria, concede soltanto una facoltà al locatore (come lo dimostra il verbo *potrà* in essa usato) il quale voglia assicurarsi del rilascio dell'immobile affittato per parte del conduttore nel giorno preciso della scadenza della locazione, di dar forza di titolo esecutivo alla licenza prima di tale scadenza; ciò che si ricava chiaramente dal disposto dell'art. 4 della stessa legge posto in relazione al 1° succitato.

Da ciò consegue che se il locatore Repetto più non ebbe a coltivare il giudizio per la convalidazione della licenza, egli non avrà conseguito in forza della legge speciale, a cui fece ricorso, un titolo esecutivo di rilascio contro il conduttore Marini pendente ancora l'affitto, ma ciò non toglie che egli abbia validamente manifestata la sua volontà di dar licenza al conduttore, e quindi di impedire la tacita riconduzione, non essendo dalla legge alcuna forma speciale prestabilita per la licenza.

Nè vale opporre al riguardo che la licenza è indivisibile dalla citazione, poichè questa ha soltanto per iscopo di far munire la licenza di titolo esecutivo mediante la convalidazione e quindi la licenza, come già è stabilito dalla legge comune, può da sola, senza la convalidazione susseguente, esprimere efficacemente la volontà del locatore di avere sgombro l'immobile alla fine della locazione ed escludere la riconduzione tacita, sebbene non siasi più coltivato il giudizio colla citazione iniziato. L'abbandono pertanto del giudizio stesso, se ha per effetto che il locatore più non acquisti il titolo esecutivo in forza della legge speciale riguardo alla licenza, non può però impedire che esso dopo la licenza stessa possa egualmente procacciarsi quel titolo nelle forme ordinarie.

Parimente non si può dire che le cose ritornino nello stato in cui erano prima dell'intimazione dell'atto di citazione se non segue il giudizio con esso provocato, poichè intanto la licenza con quell'atto fu regolarmente portata a cognizione di Marini e finchè non risulta che il Repetto vi abbia rinunziato, non si può desumere la tacita riconduzione, non potendosi la rinunzia alla licenza, come le altre rinuncie, presumere.

P. q. m., rigetta.

—

TORINO, 6 agosto 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Prato — *P. M.* Mazza = Negri c. Gazzotti.

Anche nei casi in cui la controversia sia determinata da un atto commerciale per una sola delle parti ha luogo la competenza territoriale speciale dell'art. 91 c. p. c. (1).

La questione proposta dalla ricorrente e che ha tratto alla violazione degli art. 90 e 91 c. p. c. e degli art. 868 e 870 c. comm., in cui vuolsi sia incorsa la sentenza del pretore di Broni 29 dic. 1898, non ha in dottrina e giurisprudenza una pacifica soluzione, opinandosi da taluno che gli art. 54, 870 c. comm. non abbiano derogato alle regole generali della competenza per territorio, per le quali l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza, od anche davanti a quella del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, purchè in questo caso il convenuto sia ivi citato in persona propria; ritenendosi per contro da altri che, per effetto delle accennate disposizioni del codice di commercio, debba trovar luogo l'applicazione dell'eccezione di cui nell'ultimo comma dell'articolo 91 c. p. c.

Questo Collegio, scostandosi dai precedenti suoi giudicati, crede dover accettare quest'ultima opinione, propugnata da valenti commentatori del codice di rito, e stata adottata dalle Corti regolatrici di Roma e di Firenze, per le seguenti considerazioni:

Il primo codice di commercio italiano stabiliva agli art. 91 e 725 che, quando l'atto era commerciale per una sola delle parti

(1) V. in arg. Puca, *Lo sfratto per finita locazione secondo la legge 24 dicembre 1896* (Milano, Società Editrice Libraria, 1901).

(1) Cfr. da ultimo, Cass. Firenze, 16 novembre 1899, in *Filangieri*, 1900, 202 col richiamo. — Con questa decisione la C. S. Torinese muta la propria giurisprudenza uniformandosi al parere delle altre Consorelle, e soddisfacendo così anche ad un voto più volte espresso dalla redazione del *Filangieri*.

contraenti, le obbligazioni che ne nascevano erano regolate dalla legge commerciale o civile, avuto riguardo alla persona del convenuto, e che l'azione doveva perciò essere promossa davanti il foro commerciale, se commerciante era la parte convenuta, ed invece davanti il giudice civile, se il convenuto non era commerciante.

A togliere il grave inconveniente di far dipendere l'applicazione della legge civile o della commerciale dalla qualità della persona del convenuto, variando così per solo riguardo di persona la giurisdizione, il vigente codice di commercio determinò coll'art. 54, che se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge; e coll'art. 870 che se l'atto è commerciale anche per una sola delle parti, le azioni che ne derivano appartengono alla giurisdizione commerciale.

Pare quindi dal testo di questi due articoli che intendimento del legislatore sia stato quello di togliere ogni disparità fra le persone dei contraenti, e di voler più razionalmente fatta l'applicazione della legge in relazione alla natura del contratto o dell'atto, per ragione del quale viene demandata all'autorità giudiziaria la risoluzione della controversia fra le parti insorta, nessun conto tenuto della persona del convenuto, e questo concetto appare manifesto dall'essersi esclusa l'applicabilità al non commerciante della legge commerciale in tutte quelle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti.

Se pertanto la legge attribuisce il carattere di atto di commercio a quello in cui anche uno solo dei contraenti sia commerciante, e se perciò tutti i contraenti, in confronto della legge da applicarsi, sono parificati, non sarebbe logico non estendere a tutti quelle norme di procedimento, che, per la maggior facilità e prontezza dell'esperimento dei propri diritti, il legislatore ha voluto stabilire per i commercianti nei giudizi che riguardano le materie commerciali.

Poste così le cose, ed essendosi dalla legge avuto di mira non la qualità delle persone, ma la natura dell'atto che viene qualificato commerciale quando anche uno solo dei contraenti sia commerciante, ne consegue che in ogni controversia insorta per ragione di quell'atto converrà applicare la legge commerciale e adire la giurisdizione commerciale, secondo le norme di competenza che alla giurisdizione stessa si riferiscono.

Ed è in armonia a questo concetto che mentre altrove si parla di « atto di giurisdizione commerciale », l'ultimo comma dell'articolo 91 c. p. c. usa la parola più ampia e generica di « materia commerciale »; dettando che nelle « materie commerciali » l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili « può anche proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce, o in cui deve eseguirsi l'obbligazione, sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria ».

Nè può dirsi che con simile interpretazione delle disposizioni di legge in esame si faccia confusione fra *giurisdizione* e *competenza;* perchè, per quanto sia vero che la legge parli unicamente di *giurisdizione*, cioè del potere o dell'autorità che viene conferita al giudice, e la *competenza* si riferisca invece ai limiti, alla misura ed estensione dell'autorità o potere giurisdizionale, non potrà negarsi che a determinare la competenza per territorio valgano, e siano anzi opportuni, quegli stessi criteri che governano la giurisdizione, la competenza per ragione di materia, le prove e il procedimento, tanto più di fronte al letterale disposto dell'articolo 91 c. p. c., che parla in genere di « materie commerciali », nella quale ampia locuzione non può disconoscersi sia compresa l'azione dipendente da un atto cui la legge attribuisca i caratteri di atto commerciale indubbiamente soggetto alla legge e alla giurisdizione commerciale.

Applicando per la competenza un criterio diverso da quello che regola la giurisdizione, si viene a ristabilire quella disparità fra parte e parte contraente, che il legislatore ha voluto togliere colle disposizioni dettate agli art. 54 e 870 c. comm.

Egli è per ciò che bene giudicò il pretore di Broni colla denunciata sentenza 29 dicembre 1898, quando dichiarò che il Gazzotti, commerciante, aveva bene adito il conciliatore di Broni, azionando davanti esso la Negri per il pagamento di merci ivi a lei consegnate e somministrate, e dove doveva essere eseguita l'obbligazione, sebbene la Negri fosse stata citata a Torre del Mangano, luogo di suo domicilio e residenza; e non reggendo le censure che al riguardo le sono mosse dalla ricorrente, il ricorso in tal parte deve essere respinto.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

TORINO, 23 luglio 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* De Giuli — *P. M.* Piroli — Branchini c. Compagnia Assicurazioni di Milano.

Non basta per annullare una transazione, a sensi dell'art. 1773 c. c., l'errore consistente

in una esagerata ***valutazione delle difficoltà di una lite*** (1).

La Corte di merito pose a base del suo ragionamento per il caso in esame quanto la legge impone a riguardo delle azioni di nullità di una transazione per errore, e cioè che allora solo può invocarsi quando versi sull'oggetto della controversia.

In altri termini, secondo il principio generale scritto nell'art. 1110, è necessario che l'errore cada sopra la sostanza della cosa che ne forma l'oggetto, che trattandosi di transazione, altra non può essere fuor quella che costituisce l'essenza di questo contratto, l'« aliquid datum seu promissum, seu retentum ».

È necessario che l'errore vizi il consenso del contraente, che influisca tanto sulla determinazione della sua volontà da ledere la libertà del consenso stesso. E per certo verrebbe leso questo consenso se, mancando la possibilità della insorgenza di una lite, alcuno fosse stato tratto in errore per fargli supporre che la possibilità invece sussistesse.

Un errore che dipendesse soltanto da una non ben calcolata previsione circa gli elementi della transazione non ne indurrebbe la nullità.

La Corte di merito non ha mancato di fare questa indagine. Disse che l'erronea affermazione degli agenti della Compagnia d'assicurazione concernente l'obbligo nel Branchini, a termini della tariffa, di denunciare pei molini natanti il numero dei palmenti, non toglieva alla Compagnia il diritto di far valere contro il Branchini l'obbligo che a lui incombeva in base alla generica disposizione dell'art. 429 c. comm., per la quale l'assicurato è tenuto ad una esatta dichiarazione delle cose assicurate, sotto pena di nullità del contratto d'assicurazione, sebbene la dichiarazione riguardi circostanze che in effetto non abbiano influito sul danno e sulla perdita delle dette cose assicurate.

È incontestato che il Branchini, per quanto non vi fosse dalla tariffa tenuto, dichiarò inesattamente nella polizza che il suo molino era fornito di due macine mentre ne teneva tre.

Che questa inesatta dichiarazione portasse o meno alla nullità dell'assicurazione era appunto quanto avrebbe potuto formare oggetto di controversia; e precisamente all'intento di troncare senz'altro la possibilità di simile controversia addivenivasi a quella transazione, cui non intenderebbe adagiarsi il Branchini asserendola frutto del suo errore.

Ma il suo consenso non fu mai viziato perchè transigeva ad impedire una lite che ben poteva insorgere indipendentemente dall'inesatto asserto degli agenti della Compagnia.

Egli non era quindi tratto in errore sull'oggetto della controversia, bensì era condotto nell'errore di una modalità che lasciava impregiudicato il diritto nella Compagnia di agire per nullità dell'assicurazione.

Dichiarando la Corte d'appello che l'errore lamentato dal Branchini, e a provare il quale deduceva capitoli per testimoni, non aveva i requisiti dell'errore sostanziale, non versava sull'oggetto della controversia, non era in altre parole la causa del contratto, che dovevasi invece ricercare nello scopo di impedire una lite, la quale ben poteva insorgere, enunciava un principio esatto; e l'applicazione di tale principio non si risolverebbe che in un apprezzamento di fatto incensurabile da questo Supremo Collegio.

P. q. m., respinge il ricorso, ecc.

—

TORINO, 19 luglio 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Bonicelli — *P. M.* Cavalli = Vescovo di Pavia c. Bellisomi.

La Chiesa cattolica romana è incapace di ricevere per testamento, ed è perciò ammissibile a sensi dell'art. 829 c. c. la prova diretta a dimostrare che la istituzione ereditaria di un vescovo sia una disposizione per interposta persona a favore della Chiesa (1).

Col I mezzo si adduce il vizio di contraddittorietà dei motivi di fatto e di diritto sia in rapporto alle intenzioni attribuite alla testatrice, coll'affermare che abbia voluto che tutto il suo patrimonio fosse erogato in opere di pietà e di culto, e coll'ammettere poi la prova per accertare che abbia voluto istituire erede la Chiesa cattolica col mezzo di interposta persona, e cioè di monsignor vescovo Riboldi o del suo segretario Ciceri; sia per aver considerata la Chiesa cattolica prima come il corpo insegnante i dettami della fede, come un'istituzione organizzata gerarchicamente sotto la direzione del Sommo Pontefice, e poscia come costituita dalle Congregazioni religiose come organi del cattolicismo, cui la testatrice avrebbe inteso di far pervenire per interposto erede le sue sostanze.

---

(1) V. in argomento LAURENT. *Principi*, vol. XXVII (ed. ital., p. 307 e segg.).

(1) Riguardo alla capacità a ricevere della S. Sede v. da ultimo, Trib. Roma, 9 settembre 1898, in questo periodico, 1899, 304, col richiamo.

Con ciò, dice il ricorrente, la Corte ritenne in fatto due cose essenzialmente diverse. Altro è che l'erede monsignore Riboldi dovesse erogare tutto il patrimonio ereditario in opere di pietà o di culto, altro è che monsignor Riboldi fosse erede apparente per far giungere il patrimonio ad enti ecclesiastici soppressi: sono due ipotesi di fatto diversissime e furono sempre trattate con figure giuridiche distinte.

Nel primo caso si ha la disposizione modale, nel secondo si ha la fiducia; nel primo monsignor Riboldi è erede onerato, nel secondo non è erede e deve far passare il patrimonio Bellisomi alle istituzioni religiose, esclusivamente a lui gradite.

Ma sotto questo primo aspetto la censura non regge e la contradditorietà dei motivi scompare affatto, tostochè, invece di smembrare le considerazioni della sentenza e ricercarne il concetto in talune enunciazioni di fatto ed argomentazioni secondarie, che non costituiscono la vera ragione fondamentale del decidere, si prenda ad esame tutto il ragionamento della sentenza e si attenda alla sintesi delle considerazioni svolte, che sono le vere premesse logiche del dispositivo.

Infatti la Corte prese bensì ad esame, oltre al tenore letterale del testamento, cominciando dall'esordio in cui la testatrice offriva il primo indizio della sua volontà di disporre delle sue sostanze a beneficio della Chiesa cattolica apostolica romana, anche la memoria testamentaria 23 giugno 1893 contenente istruzioni per l'erede, quella compresa di erogare la sostanza ereditaria in opere di pietà e di culto; e rilevò la disputa fra le parti sorta dal raffronto di detti due atti in ordine alla validità dell' istituzione dell'erede in persona di monsignor Riboldi, sostenendosi dall'attrice trattarsi di interposta persona per favorire enti incapaci, e quindi di istituzione nulla a senso dell'art. 829 c. c., mentre il Riboldi sostenne non essere impugnabile l'istituzione per interposta persona senza indicare ed identificare innanzi tutto la persona o l'ente incapace che si pretende chiamato all'eredità; ma rilevò ben tosto quali fossero i veri termini della questione secondo l' assunto dell'attrice, e disse che fino dalla citazione introduttiva emergeva già indicata la Chiesa cattolica come effettivamente chiamata in contrapposto all'erede apparente monsignor Riboldi, che a ciò dimostrare erano dirette le prove dall' attrice proposte, poichè si voleva stabilire che prima di testare la Bellisomi aveva fatto conoscere che sua erede sarebbe la Chiesa, dichiarando essere inique e da non osservarsi le leggi che proibiscono di testare a favore della Chiesa, e che essa non le avrebbe osservate; e dopo il testamento la testatrice aveva dichiarato ripetutamente di avere provveduto in modo, che, non ostante il divieto delle leggi, il suo patrimonio avesse a passare alla Chiesa e ciò anche per la salvezza dell'anima sua.

Così prosegue la sentenza nella sua motivazione: « Per vero l'attrice Bellisomi Prinetti non si è soltanto immaginato l'erede vero voluto dalla testatrice, ma lo indica come meglio si conviene desumendolo dalle stesse dichiarazioni fatte in vita dalla testatrice. »

E vagliando l' influenza della prova soggiunge: « Se si ammettono le prove tenorizzate dall'attrice si potrebbe adunque aver l' accertamento in causa, che erede della nobile Adelaide Bellisomi è veramente la Chiesa cattolica come ente incapace di possedere e succedere per testamento a norma delle vigenti leggi italiane. La testatrice non era persona che potesse cader in errore circa la persona fisica e morale dell'erede da lei voluto favorire mediante l' interposizione di un erede apparente; ma in ogni modo l'attrice si è offerta di provare col cap. 3.° che la testatrice manifestò di aver consultato persone colte e di fiducia sull'efficacia del testamento e di essere stata rassicurata che le sue sostanze sarebbero andate a benefizio della Chiesa. »

Da queste considerazioni chiaramente si rileva come nel concetto fondamentale della sentenza, stia una sola figura giuridica, unico il tema della controversia alla di cui risoluzione giuridica concludenti ed ammissibili le prove, « cioè la istituzione a favore della Chiesa cattolica » fatta dalla Bellisomi per mezzo di interposta persona, e così di istituzione nulla stante l'incapacità della Chiesa di possedere e succedere.

Tanto è vero che la Corte, dopo ciò, rilevava come fosse vano il disputare che si debba intendere per Chiesa cattolica, osservando come nei riguardi della testatrice non si possa parlare che di quella Chiesa ai di cui insegnamenti essa aveva conformata la propria fede, non potendo per lei esistere nè concepirsi altra Chiesa fuorchè la cattolica espressamente invocata e designata nell'esordio del testamento.

Ciò posto, l'enunciazione del memoriale del 23 giugno 1893 non può dirsi fatta per affermare il concetto di una istituzione modale, anzichè di fiducia, come pretende il ricorrente; che anzi la Corte di merito ne desume ulteriori argomenti importantissimi per dimostrare che secondo la mente della testatrice, rivelata in dette istruzioni a monsignor Riboldi, questi non era l'erede della sostanza ereditaria, poichè la sola argenteria era dalla testatrice dichiarato dovergli spet-

tare in proprietà, mentre pel rimanente sebbene alla coscienza ed arbitrio dell'erede apparente la testatrice si affidasse, dandogli le più ampie facoltà sul modo di erogare il patrimonio, pure chiaro apparisce che fosse di lei intenzione che i beni si devolvessero a vantaggio della Chiesa, ciò spiegandosi anche dalla sostituzione non altrimenti concepibile del segretario del Vescovo, dalle dichiarazioni postume di monsig. Riboldi di non essere egli l'erede, e dall'elogio funebre della Bellisomi a cura di lui fatto stampare e distribuire, in cui si rivela il di lui convincimento che l'eredità fosse devoluta alla Chiesa. Ed una volta che nel concetto della sentenza la tesi controversa si concretava nella istituzione per interposta persona in erede della Chiesa cattolica universale, torna superflua e puramente accademica ogni definizione che si venne formolando nella sentenza dell'Ente Chiesa universale, poichè l'esistenza di questo ente non può essere messa in dubbio, come non può esser messo in dubbio che sotto l'aspetto della universalità, che è appunto quello inerente all'istituzione in esame, la Chiesa non ha capacità di possedere e di succedere, secondo le leggi italiane vigenti, nè in sè astrattamente, nè col mezzo di associazioni o corporazioni religiose, a mezzo delle quali svolge il suo funzionamento spirituale, e che in questa cerchia di azione sono tollerate nello Stato, capacità che è riconosciuta soltanto a speciali determinati istituti ecclesiastici. A questi soltanto è permesso di possedere un patrimonio nel concetto della legge, e non è ad alcuno di essi che la testatrice abbia inteso di lasciare l'eredità secondo il tenore del testamento.

Così, dice espressamente la sentenza riassumendo le sue considerazioni, « si fa palese che a questa associazione, a questi organi del cattolicismo, che sussistono e permangono dopo le leggi di soppressione come associazioni religiose di fatto, private di capacità giuridica patrimoniale, e che la legge non ammette a funzionare liberamente nello Stato al di là dei limiti tracciati, la testatrice intese potesse devolversi per mezzo dell'interposto erede i beni che essa gli commetteva di assegnare secondo le di lei intenzioni, fin troppo spiegate colle fatte dichiarazioni » (all'infuori del testamento e dedotte a prova superiormente ricordate).

E se la testatrice avesse voluto istituire enti ecclesiastici aventi capacità di succedere, li avrebbe direttamente chiamati senza bisogno di ricorrere all'interposizione di un erede apparente.

Questi pertanto essendo i concetti fondamentali sui quali si svolse la motivazione ampia e diligente, e si fonda la pronuncia della Corte di merito, cade la censura di contraddizione immaginata dal ricorrente nel I mezzo.

Nè la contraddizione può desumersi dall'avere la sentenza affermato che la disposizione testamentaria sarebbe nulla anche pel disposto degli art. 830 e 834 c. c., perchè la Corte non ha fatto che rispondere in via di mera ipotesi subordinata anche a questo speciale argomento discusso fra le parti, aggiungendo ancora, sempre in via d'ipotesi, che la disposizione sarebbe nulla a senso dell'art. 831 se intender si volesse fatta a favore dell'anima della testatrice.

Col III mezzo del ricorso si denuncia la violazione degli art. 830, 831 e 834 c. c.: ma nello svolgimento non si fa che ripetere le censure di travisamento del testamento e delle successive istruzioni 23 giugno 1893 e di contraddittorietà di motivazione.

Come fu già osservato in ordine ai mezzi primo e secondo, il travisamento, oltrechè non deducibile in cassazione, non sussiste menomamente, come non vi ha contraddittorietà di motivi, inquantochè gli art. 831, che dichiara nulle le disposizioni per l'anima, 830 e 834, che riguardano le istituzioni a favore di persona incerta, furono dalla Corte invocati in via di mere ipotesi senza che su di essi abbia fondata la sua pronuncia che, in correlazione alla tesi posta nettamente dalla parte attrice in corso di causa, riguarda la istituzione dell'ente Chiesa cattolica per l'interposta persona di monsignor Riboldi, non ammette che si tratti di istituzione modale, ma d'istituzione della Chiesa, celata sotto la nomina di erede apparente, e tornano oziose tutte le teoriche dottrinali e di pratica giurisprudenza svolte nel ricorso in ordine a contestazioni governate dai citati articoli di legge.

Nel concetto della sentenza la controversia attuale è quella preveduta dal capoverso dell'art. 829 codice citato.

Molteplici sono le violazioni di legge che nel IV mezzo si appongono alla sentenza della Corte milanese, ma sostanzialmente si riassumono nelle seguenti proposizioni: — *a*) Errò la Corte e si contradisse nell'ammettere la prova per la ricerca del vero erede celato dall'istituzione apparente di monsignor Riboldi, che l'attrice con incertezza designava nella Chiesa cattolica affermando ora la incapacità, ora la capacità della Chiesa stessa di possedere, mentre per stabilire la frode alla legge era innanzi tutto necessario che l'erede incapace, cui si pretende destinata l'eredità nella mente della testatrice, fosse con certezza designato e concretato, e la sentenza lo designa prima nella Chiesa cattolica universale, poi nelle congregazioni religiose, divagando in defi–

nizioni contradditorie dell'ente che si suppone chiamato all'eredità; — *b*) Errò nell'affermare che la Chiesa cattolica sia un ente incapace, perchè secondo la dottrina dei canonisti, specialmente germanici, nessun assurdo teoretico implica il riconoscimento della Chiesa universale in sè come persona giuridica capace di possedere e di acquistare, ed anche secondo i codici albertino, parmense e napoletano, il dire proprietà della Chiesa equivale a dire proprietà degli enti ecclesiastici, ed il codice italiano parla dei beni degli istituti ecclesiastici: questi sono enti del clero secolare che la Chiesa universale tutti abbraccia e col mezzo di essi ha capacità di acquistare di guisa che manca la ragione di incapacità di cui al capoverso dell'art. 829 c. c., e la Corte riconoscendo in questi istituti la capacità, dovette poi concretare l'erede incapace ideato dall'attrice nella Chiesa cattolica costituita dalle corporazioni religiose soppresse.

Ma non è il caso di seguire il ricorrente nelle lunghe ed inutili divagazioni dottrinali desunte da teoriche astratte svolte da giuristi stranieri in ordine alla personalità giuridica e capacità patrimoniale della Chiesa considerata come ente universale, teoriche che nulla hanno che fare nell'attuale controversia, governata esclusivamente dalle leggi positive del Regno italiano, le quali espressamente riconoscono la capacità di possedere e succedere « non alla Chiesa universale, come istituzione di diritto pubblico e come persona giuridica nel diritto privato », ma esclusivamente « negli istituti ecclesiastici legalmente riconosciuti » nello Stato; questi soli sono considerati come persone giuridiche e godono dei diritti civili (art. 2, 425, 433 e 434 c. c.). Laonde ben disse la Corte che la Chiesa soltanto a mezzo dei singoli enti e stabilimenti ecclesiastici legalmente riconosciuti tiene un patrimonio nello Stato, ed è soltanto « sotto questa forma che il legislatore italiano annovera la Chiesa tra le persone a cui possono appartenere dei beni », e nello stesso modo che ai privati sono garantite le proprietà che loro spettano.

E questa è una delle ragioni fondamentali che reggono il giudicato, ed è verità così evidente che lo stesso ricorrente, fra mezzo alle sue divagazioni finisce per doverla confessare nel suo ricorso là dove scrive: « La Chiesa cattolica secondo gli statisti italiani non può essere soggetto di proprietà, perchè oltrepassa i confini del nostro Stato; è una incapacità che deriva non dalla diffidenza, dal timore, dall'odio contro l'ente, ma solo dalla concezione giuridica dell' istituto, dalla sua singolarità che non trova posto adeguato nel diritto privato di proprietà ».

Posto quindi per caposaldo il principio che la legge civile non disconosce una proprietà ecclesiastica se non in quanto si intende appartenere a singoli stabilimenti, e questi siano considerati quali corpi morali dotati di personalità civile per concessione dello Stato, e che non altrimenti è concepibile capacità patrimoniale nella Chiesa cattolica come ente universale che in sè abbraccia tanto gli istituti ecclesiastici conservati, come quelli soppressi, che pur tuttavia sussistono come associazioni di fatto a scopo religioso tollerate, ma prive di personalità giuridica, facile è convincersi della insussistenza degli errori e contraddizioni che si vorrebbero apporre alla sentenza; imperocchè senza che faccia mestieri di occuparsi delle singole argomentazioni svolte per dimostrare cosa debba intendersi per Chiesa cattolica universale, alla quale secondo l'assunto dell'attrice dovrebbe riferirsi l'istituzione per interposta persona, il concetto dominante tutta la sentenza è sempre questo unico: « che nel testamento della Bellisomi sotto l'apparente istituzione di erede in persona di monsignor Riboldi si nasconda una disposizione a favore della Chiesa cattolica apostolica romana, ente giuridicamente incapace, e che a ciò stabilire siano concludenti ed ammissibili prove articolate dall'attrice »; questa sola la conseguenza concretata nel dispositivo. Nè si potrebbe altrimenti interpretare la sentenza senza scinderne e travisarne i ragionamenti che per forza di logica non potevano condurre ad una diversa pronuncia. Nè può utilmente addursi che un lascito fatto alla Chiesa debba presumersi fatto a taluno degli enti ecclesiastici capaci, poichè anche a ciò risponde, e giustamente, la Corte, che ove a taluno o più di questi enti la testatrice avesse voluto far pervenire l'eredità non aveva bisogno di ricorrere alla interposizione di persona, potendo legalmente istituirli direttamente, e non avendo ciò fatto, sorge invece il dubbio che abbia appunto voluto favorire la Chiesa in genere, quindi l'ente incapace.

Col V ed ultimo mezzo il ricorrente va cercando un motivo di annullamento per violazione dell'art. 829, capoverso, e degli art. 773 c. c., 2 della legge 7 luglio 1866, 27, 28 della legge 19 giugno 1873, mediante una inutile divagazione sulla identità del significato delle parole « *incapaci e persone incapaci* » adoperate dal legislatore italiano negli articoli citati e 1153, 1155 in armonia al codice francese, la qual cosa non è controversa in causa; e per giungere alla dimostrazione del suo assunto parte da due

premesse ugualmente erronee, e cioè converte la persona inesistente, poi facendo dire alla sentenza ciò che non dice, cioè che l'eredità sia stata disposta per interposta persona a favore di corporazioni religiose soppresse, le qualifica inesistenti perchè colpite di incapacità assoluta, e così ragiona: « come si fa a dargli indirettamente per persona interposta ciò che non gli si può dare direttamente? Se non può dare il disponente come può dare la persona interposta? Come allora è possibile la frode alla legge? ».

Per quanto semplice sia il raziocinio, e lo si voglia tratto da una decisione della Cassazione romana, non quadra certamente nel caso in esame perchè basato su tali premesse.

Non è vero che si tratti di corporazioni religiose soppresse, ed è inutile indagare se per queste la privazione di capacità civile e di personalità giuridica sia sinonimo di inesistenza per modo che esse possano ritenersi estranee al concetto della legge proibitiva, e sarebbe ozioso seguire il ricorrente nella sua lunga dissertazione sulla dottrina e giurisprudenza italiana ed estera che per nulla sarebbe adattabile ai termini della controversia in esame; si tratta invece di Chiesa cattolica apostolica romana, della cui esistenza, come ente universale, come organo della religione dello Stato funzionante a mezzo delle gerarchie ed istituti ecclesiastici nessuno ha mai dubitato, onde non è il difetto di personalità giuridica, ma il difetto di capacità patrimoniale che vizierebbe la istituzione in erede, poichè, ripetesi, nell'economia della attuale nostra legislazione, che radicalmente mutò le precedenti, la Chiesa non può possedere beni se non per mezzo dei singoli istituti ecclesiastici legalmente riconosciuti nello Stato. La Chiesa come ente universale è incapace, quindi la sua istituzione cadrebbe sotto la sanzione del capoverso dell'art. 829 c. c.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

ROMA, 30 giugno 1900 — *Pres.* Cardona — *Est.* Natale — Ministero dell'Interno c. Provincia di Roma.

Alla spesa pel mantenimento dei mentecatti poveri stranieri è tenuto lo Stato e non le provincie (1).

(1) Cfr. Appello Milano, 3 giugno 1890, in *Filangieri*, 1890, 2, 596, che ha riconosciuto tale obbligo anche nel caso in cui fra lo Stato italiano e quello cui appartiene il mentecatto esista una convenzione di reciprocità per la cura gratuita dei rispettivi malati poveri. — Cfr. pure LUCHINI, *La legge sulle ist. di beneficenza*, p. 856 e segg.

Per decidere la questione di competenza passiva delle spese di spedalità pei mentecatti esteri, non accade di ricorrere nè alle manchevoli norme dei passati regimi nè alle speciali disposizioni degli art. 172 n. 6, 174 n. 10, 201 n. 6, 203 n. 10, e 236 n. 10 delle leggi com. e prov. 20 marzo 1865, 10 febb. 1889, e 4 maggio 1898, che concordando tutte nell'addossare alle provincie le sole spese pel mantenimento dei mentecatti *poveri delle provincie italiane*, non si possono estendere per odiosa analogia alle spese pel mantenimento di mentecatti di altre nazioni.

Occorre, invece, elevarsi a' principî del diritto pubblico nazionale e del diritto delle genti od internazionale, per ravvisare nello Stato italiano la prima istituzione centrale, che spande la sua azione sopra tutte le istituzioni minori, per la tutela della società, e per l'attuazione del diritto e della giustizia, così in rapporto alle personalità fisiche e morali nel Regno, come in relazione agli altri Stati del mondo. Questa sublime missione dello Stato italiano emana dalle leggi fondamentali dello Stato medesimo e non può essere disconosciuta o abdicata, sia col sospendere la suprema azione tutelare, sia coll'addossarne il peso ad altre entità minori, lasciando a sè le sole parti di spettatore o vigilatore.

Non solo i cittadini, ma anche gli stranieri sono protetti dalle leggi del Regno durante il tempo che vi dimorano; e gli statuti diretti alla sicurezza degl' individui sono obbligatori non solo per quelli, ma anche per questi.

Quindi è che pei pazzi esteri non potrebbe venir meno, da parte dello Stato, così l'azione tutelare che si riferisce all'ordine pubblico ed alla incolumità delle persone dimoranti nel suo territorio come il soccorso di mantenimento che riflette l'ordine economico nei rapporti con altri Stati. Codesti principî di diritto pubblico ed internazionale furono sempre riconosciuti ed attuati presso tutte le nazioni civili; ed il legislatore italiano, non per innovare, ma per *dichiarare il ius receptum*, ne formò oggetto di un'apposita disposizione generale nell'art. 77 della legge sulle opere pie 17 luglio 1890, così concepito: « Per *la cura* degli stranieri (s'intende infermi di corpo o di mente) gli ospedali hanno diritto al *rimborso* dal Governo nazionale; il quale per la *rivalsa* verso i Governi esteri provvede secondo le convenzioni internazionali ».

La Corte di merito investita da tutta la causa tanto per l' appello principale del Ministero nell'Interno, quanto per l'appello incidentale della provincia di Roma, non si discostò dagli accennati principî di di-

ritto e non violò nè interpretò falsamente gli articoli invocati nel ricorso per cassazione, condannando il sullodato Ministero, con acconcia e sufficiente motivazione, al pronto pagamento del rimborso legalmente liquidato in pro della provincia medesima, che aveva diritto a ripeterlo, a sensi dello art. 1237 c. c. e 486, 487 c. p. c.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

FIRENZE, 21 giugno 1900 — *Pres.* Cesarini — *Est.* Dragonetti = Forneris c. Sugana.

Qualora consti del consenso del marito, il tribunale può concedere alla moglie l'autorizzazione giudiziale anche senza che il marito sia sentito o citato (1).

Il principio che informa l'istituto della maritale autorizzazione, l'ossequio cioè all'autorità morale del capo della famiglia ed il buon governo della stessa, chiarisce che non solo la garantìa degli interessi vicendevoli dei coniugi, ma eziandio il vantaggio degli interessi patrimoniali hanno determinato la sollecitudine del legislatore pel relativo regolamento, riconoscendosi pur alla moglie il diritto ad invocare per mancanza di autorizzazione la nullità di alcuni atti dalla legge designati, non già « propter imperitiam aetatis aut propter fragilitatem sexus », ma perchè l'incapacità della donna maritata trova la sua ragion di essere nella condizione matrimoniale e nella podestà maritale.

E per lo stesso principio nei casi indicati nell'art. 135 c. c., la moglie maggiorenne è dispensata da qualunque autorizzazione, e per quelli contemplati nell'art. 136, cioè del rifiuto del marito all'autorizzazione, della opposizione d'interesse fra i coniugi e della separazione personale come ivi trovansi distinti, si richiede l'autorizzazione del magistrato. Le forme giudiziarie poi di queste autorizzazioni sono regolate dall'articolo 799 c. p. c. e seg., mentre il principio fondamentale di esse scaturisce dal capoverso dell'art. 136, ove perfino è disdetta l'autorizzazione se prima il marito non sia sentito o citato a comparire in Camera di consiglio, salvi però i casi d'urgenza. La ragione determinante questo intervento obbligatorio del marito sta nella facoltà a lui riconosciuta di addurre i motivi fondamentali del suo rifiuto a concedere l'autorizzazione, o della sua opposizione a che il tribunale l'accordasse, scongiurandosi così i dissidi e gli ostacoli, che potrebbero essere la ragione determinante il diniego, non senza riserbare al magistrato di attingere nelle risposte del marito i maggiori lumi intorno alla convenienza o meno della invocata autorizzazione.

Da questi principî promanano per indefettibile conseguenza i seguenti postulati: che la citazione incombe alla moglie che chiede l'autorizzazione; che il marito consenziente agevola l'obbietto del ricorso; che al magistrato non è impedito di richiedere e disporre qualsiasi maggiore istruzione od eccitamento al marito; che l'assentimento scritto dallo stesso in luogo di quello proferito alla presenza del magistrato può rispondere certamente al voto della legge; che in ogni caso il magistrato, che non ha sentito il bisogno della comparizione, ritenendo la giustificazione della mancanza sopratutto per riconosciuta urgenza, ha esattamente applicata la legge concedendo la chiesta autorizzazione: che se la contumacia del marito pur citato non impedisce l'autorizzazione, senza udirne le osservazioni, meglio ne è raggiunto lo scopo ottenendo da lui il consentimento scritto; che al postutto l'obbligo della comparizione specialmente in tema di opposizione d'interessi è imposto a tutela dei diritti del capo della famiglia più che alla difesa di chi chiede l'autorizzazione.

Il fatto poi ritenuto dall'impugnata sentenza di autorizzazione esclude del tutto le dette censure. La sentenza stessa infatti non solo ammise come giustificata la correlativa domanda della contessa Forneris con l'adesione data in iscritto dal marito e le ragioni determinanti la loro separazione personale ed il regolamento dell'economia domestica, ma espressamente considerò, che poteva prescindersi dalla udizione del conte Sugana in Camera di consiglio ancor perchè trattavasi di caso d'urgenza e l'assenso di lui era già stato dato alla moglie nello stesso ricorso, e l'istanza di lui ad omettersene la citazione per l'urgenza appunto lo rendeva più sicuro.

(1) In senso contrario, da ultimo, Cass. Roma (sez. unite), 30 marzo 1900 in *Filangieri*, 1900, 439 col richiamo.

—

FIRENZE, 11 giugno 1900 — *Pres.* Cesarini — *Est.* Dragonetti = Società Carlo Barbano & C. c. Gabbrielli.

1. *Il diritto al passaggio sul fondo altrui nei sensi dell'art. 593 cod. civ. comprende tutti i casi in cui si presenti una specie qualunque di interclusione sia pure dipendente da un nuovo uso del fondo* (1).

(1) Per qualche analogia cfr. stessa Corte, 2 luglio 1885, in *Filangieri*, 1885, 2, 854.

2. *La necessità a cui intende provvedere la legge in detto articolo può giustificare l' occupazione, non di una zona attraversante il fondo altrui, ma anche solo di una piccola zona di detto fondo laterale al proprio e necessaria per il conveniente uso di questo.*

La Società Carlo Barbano & C. per la costruzione ed esercizio della funicolare dei Bagni di Montecatini, e rappresentata dal socio Giacomo Giovanetti, citava il signor Carlo Gabbrielli, onde fosse condannato dal pretore di Monsummano a cederle e venderle per il prezzo risultante da giudiziale perizia un triangoletto di terreno di superficie metri quadrati 30, quanti erano necessari per sistemare l'imbocco della nuova via di accesso alla funicolare sulla via comunale mulattiera dai Bagni al castello di Montecatini.

In sostanza si chiedeva dalla Società che per regolarizzare la strada e allargare l'accesso al fondo, in cui era stata costruita la stazione della funicolare in relazione al suo nuovo uso e destinazione, le fosse riconosciuto il diritto al passaggio coattivo sopra una piccola parte del fondo Gabbrielli, e a mezzo di perito fosse a questo liquidata una giusta indennità.

Il Gabbrielli si oppose alla domanda della Società, proponendo varie eccezioni; ma il pretore con sentenza 10 giugno 1899 ordinò che per perizia si stabilisse lo stato dei luoghi, la necessità assoluta e relativa del domandato passaggio e la determinazione delle relative indennità.

Da questa sentenza appellava il Gabbrielli al tribunale di Lucca, il quale con sentenza 31 ott. 1899 « la revocò in ogni sua parte, ed in riparazione della stessa, dichiarando inapplicabile al caso concreto l'art. 593 c. c., rigettò le domande tutte della Società Carlo Barbano & C. ».

L'unica motivazione di merito della sentenza impugnata intorno al sostanziale punto di questione della causa fu la seguente: che nella specie la domanda della Società attrice manifestasi destituita di ogni giuridico fondamento, perchè non può farsi luogo alla servitù legale stabilita dall'art. 593 c. c., quando la interclusione, anzichè da caso fortuito o da forza maggiore, dipende dal fatto proprio o volontario, come nella fattispecie, nella quale la Società attrice in tanto trovavasi interclusa o per lo meno a disagio, in quanto essa medesima aveva costruito la funicolare in quelle condizioni di fatto di cui si lamenta. Essa prima di costruire la strada avrebbe potuto e dovuto mediante trattative amichevoli, ovvero col mezzo di decreti di espropriazione per pubblica utilità, assicurarsi un tracciato senza gl'incomodi, cui ora vorrebbe porre rimedio con la *confessoria servitutis*, che ai sensi dell'articolo 593 non la soccorre.

Ora la ditta Barbano chiede la cassazione della denunziata sentenza.

I due distinti motivi del ricorso ben possono compendiarsi in un unico mezzo di cassazione: che il tribunale cioè abbia erroneamente ritenuto che il diritto al passaggio coattivo sia circoscritto per legge alla interclusione del proprio fondo dipendente soltanto da caso fortuito o da forza maggiore, e, disconoscendo poi la interclusione volontaria nel vero senso legale, abbia erroneamente affermato che nella fattispecie la Società attrice trovasi interclusa o per lo meno a disagio per un fatto suo proprio e volontario, avendo costruito la funicolare in quelle condizioni di fatto di cui si lamenta.

Innanzi tutto occorre rilevare che l'istanza promossa dalla Società Barbano fu per contratto giudiziale e per le sentenze del pretore e del magistrato d'appello indiscutibilmente definita e ritenuta *azione confessoria servitutis*, ai sensi e termini dell'art. 593 c. c. e delle LL. 1, 3, 7, 13, 23 ff. *de servit. praed. rust.*

Ciò premesso, erronea risulta tutta la motivazione della sentenza sul merito della contesa. È canone di diritto che la servitù di passaggio, imposta al fondo intercluso, è indeclinabile; perchè l'imperio assoluto ed esclusivo sulle proprie sostanze non può sottrarsi ai limiti, che la legge prescrive nell'interesse sociale. Per tal guisa l'utilità pubblica e quella comune ai fondi vicini hanno determinato la ragione fondamentale delle limitazioni al diritto di proprietà e quindi le prescrizioni legislative racchiuse negli art. 438, 534, 536 e seg., 545, 570 e seguenti, 579, 580 e seg. c. c., legge 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche, legge 25 giugno 1865, legge 18 nov. 1879 sulle espropriazioni per pubblica utilità.

Ed è alla stregua di questo principio che deve applicarsi la legge, tenuto conto dello spirito che la informa e delle particolari circostanze locali. Ed in vero: anche sotto l'impero del codice Napoleone (art. 628) e del codice Albertino (art. 616) e delle leggi civili napoletane (art. 603 e 604) che indicavano soltanto l'ipotesi esplicita della coltivazione del fondo, già la dottrina e la giurisprudenza prevalenti davano a tali espressioni il più ampio significato nel senso che la coltivazione del fondo comprendesse l'uso di esso anco a scopo di industria, e che in relazione alla nuova destinazione del fondo medesimo dovesse concedersi od ampliarsi qualora fosse mancata o divenuta insufficiente la servitù coattiva di passaggio.

Questa dottrina appoggiata dalla pacifica giurisprudenza determinò il legislatore italiano a trasformarla in disposizione positiva di legge, aggiungendo alla parola « coltivazione » le altre « e il conveniente uso del proprio fondo ». E così la convenienza soltanto dell'uso della nuova destinazione del proprio fondo costituisce la sola limitazione della servitù coattiva di passaggio. E bene a ragione il ricorrente fa dipendere la convenienza dalla proporzione che v'ha tra i vantaggi che il proprietario ritrae dalla nuova destinazione del suo fondo e i danni che dalla nuova servitù o dall' aggravio della preesistente subisce il fondo servente. Se così non fosse, se la reciproca convenienza non si volesse così riconoscere, si negherebbe efficacia all'aforisma « magnum vicini non pareret praeiudicium comparatione damni illius, cui ea denegatur », e mancherebbe la ragione di esserne rimesso il giudizio al magistrato.

Se non può dubitarsi che la servitù coattiva di passaggio non sia fissa ed invariata e che possa subire trasformazioni ed ampliamenti a norma degli art. 593 e 645 c. c.; e se non può neppure dubitarsi che il passaggio precostituito e sufficiente alla coltivazione agricola mal si presti a nuova destinazione del fondo ed al suo conveniente uso per i fini anche dell'industria; è evidente che risorgendo le condizioni della interclusione, ben deve riconoscersi il diritto alla amplificazione o modificazione del passaggio, non si potendo smarrire il principio: che la protezione dovuta all'agricoltura ed all'industria hanno indotto la deroga al *summum ius* della proprietà nell'ordinamento dell'istituto delle servitù legali.

La limitazione adunque affermata dal tribunale di Lucca costituisce un'evidente violazione dell'art. 593 c. c. e dell'insegnamento della dottrina e della giurisprudenza.

Non è esatto poi che l'interclusione del fondo della Società Barbano fosse conseguenza del fatto proprio, in quanto essa avesse costruito la strada senza ricorrere alla espropriazione coatta e alle amichevoli trattative per l'occupazione del terreno preteso. Questa proposizione non ha fondamento in diritto, perchè la interclusione volontaria nel senso legale è costituita dalla volontaria privazione del preesistente accesso comodo e sufficiente, ma non quando, migliorandosi o destinandosi ad altri usi il fondo, sorge la necessità dell'ampliamento del passaggio primitivo, come si verifica nel caso.

Male a proposito poi la sentenza denunziata parla di espropriazione di pubblica utilità, all'effetto che la Società si procurasse un diverso tracciato, quando è notorio che il tracciato delle vie funicolari è approvato per legge dall'autorità amministrativa, e, come non si può variare a libito della Società, del pari non può competentemente esaminarsene la convenienza dall' autorità giudiziaria, onde il tribunale, senza occuparsi del tracciato, doveva unicamente risolvere la questione: se per sistemare la strada che dalla via pubblica mette al fondo della Società, ove si trova la stazione di partenza della funicolare, il Gabbrielli fosse obbligato a concedere la servitù coattiva di passaggio. E se certamente in astratto questo passaggio coattivo è un diritto indiscutibile, il tribunale medesimo, a seguito dell'istruzione, poteva nel concreto ammettere o rifiutare la servitù sul fondo Gabbrielli, e nel punto indicato dalla Società; ma non poteva, per escluderla a priori, far ricorso alla legge di espropriazione per pubblica utilità, dimenticando che l'art. 208 della legge sulle opere pubbliche 20 marzo 1865, sia per il piano stradale della funicolare, sia per la stazione che comprende certamente il punto di partenza o di arrivo del piano medesimo, stabilisce appunto la servitù coattiva di passaggio del codice civile a favore delle ferrovie private di seconda categoria, tra le quali è indiscutibile quella esercitata dalla Società.

P. q. m., cassa, ecc.

PALERMO, 9 giugno 1900 — *Pres.* Majelli — *Est.* Pitini = Gallo c. Morale.

Non è condizionale, ma a termine la disposizione testamentaria secondo cui il legato sarà pagato solo alla morte dello stesso legatario (1).

Il giudice di merito venne nel concetto che il legato fosse stato lasciato agli eredi della Curcio, e non a costei, sulla considerazione « dal che essa (la Curcio) non lo avrebbe potuto riscuotere che quando stava nel numero dei più, nella impossibilità così di farlo suo ». Insomma non credette legalmente possibile un legato valido a favore di persona che avrebbe dovuto conseguirlo dopo la sua morte; ora in ciò sta appunto l'errore di diritto causato dal non aver tenuto presente la differenza giuridica tra la condizione ed il termine.

Apposta nel legato una condizione, si com-

(1) Circa l'interpretazione dei legati all'effetto di decidere se siano condizionali o a termine, v. una bella sentenza dell'A. Torino, 18 luglio 1892, Bognier c. Pola Bognier in *Legge*, 1892, II, 594. Cfr. pure Laurent, *Principii*, XIII, 532 segg. (Ed. it., pagina 457 segg.).

prende di leggieri che il diritto al legato si acquista all'avverarsi della condizione medesima, donde il legato diviene caduco se il legatario muoia prima che siasi verificata la condizione.

Invece, apposto nel legato un termine, il diritto al legato è quesito sin dall'apertura della successione, e conseguentemente si trasmette agli eredi del legatario se il termine viene dopo il decesso di costui.

Questi sono principî elementari sui quali è superfluo immorare, trovando fondamento nel disposto degli art. 853, 854 c. c. invocati nel ricorso.

Nella specie di cui si tratta, il legato non fu sottoposto a veruna condizione, ma solamente ne fu sospeso il pagamento fino alla morte della legataria, la quale perciò, avendone acquistato il diritto, lo ha trasmesso al continuatore della di lei persona.

Nè per l'incertezza del termine venne meno il diritto della legataria, giusta la massima « dies incertus conditionem in testamento facit »; perciocchè questa equivalenza si avvera quando nell'incertezza del termine si connette l'incertezza dell'avvenimento che bisogna attendere, o meglio il giorno incerto forma condizione solo quando evvi probabilità che il legato possa non esser dovuto.

Però nel caso di un legato fatto a Tizio quando egli cesserà di vivere, non vi è che una duplice dilazione, un termine per l'esecuzione, non essendo possibile che si eterni la vita di Tizio, e quindi che il legato non sia dovuto.

Un responso di Papiniano con poche parole incisive assicura dell'esattezza dell'anzidetto: « Haeres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur » (l. 79, Dig. *de cond. et demonst.*).

Anche erronea è la proposizione secondaria della Corte di merito, cioè che se, per non concessa ipotesi, restava un dubbio per la risoluzione della questione « essendo che i legati formano eccezione alla regola, il dubbio stesso dovrebbesi mai sempre risolvere in pro dell'erede, e non mai altrimenti ».

Anche qui si oblia la distinzione tra il caso in cui si contende sull'esistenza e sulla validità di una disposizione, perchè nulla o caduca, ed il caso nel quale si controverte sull'estensione maggiore o minore dell'effetto che deve produrre una disposizione.

Nel primo caso, ch'è quello della specie, il dubbio va risoluto in favore del legatario: « magis ut valeat quam ut pereat »; all'opposto nel secondo caso il dubbio si risolve in vantaggio dell'erede, perchè « in obscuris quod minimum est sequimur, et in dubio pro haerede respondendum » (l. 3, Dig. *de reg. iuris*).

Concludendo, la sentenza impugnata merita la censura fattale dal ricorso Gallo, non già però sotto il primo aspetto, di avere cioè travisato la parola della testatrice signora Morale, essendo ovvio che il giudice di merito è libero, è insindacabile nel modo tenuto per intelligere un contratto od un testamento, ma più precisamente perchè il suo deciso è poggiato a concetti erronei in diritto.

P. q. m., ecc.

—

TORINO, 12 maggio 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Prato — *P. M.* Cavalli = Sfondrini c. Rognoni.

Nel giudizio di reintegra non si applicano le formalità stabilite per le ordinarie citazioni negli altri procedimenti, in ispecie i termini per comparire.

Col II mezzo si denunciano la violazione e la falsa applicazione di numerosi e diversi articoli del codice civile e di quello di procedura civile, nonchè delle disposizioni che si riferiscono al rilascio e all'autentica delle copie degli atti giudiziari. Sotto nessun aspetto però il mezzo può essere accolto.

Sostiene innanzi tutto il ricorrente che il legislatore, sostituendo alla frase « senza processo » che si leggeva nell'art. 447 c. alb., l'altra « premessa la citazione dell' altra parte » quale si incontra nell'art. 696 cod. vigente, ha dimostrato chiaramente che, per quanto nei procedimenti di reintegrazione debba provvedersi senza dilazione e con la maggior celerità di procedura, sia pur sempre indispensabile che la prescritta citazione sia regolarmente notificata, coll'osservanza dei termini dalla legge di procedura fissati; i quali, nei casi d'urgenza, possono anche essere abbreviati, non oltre però alla metà (art. 147, 153, 154 c. p. c.). Ora, dice il ricorrente, in concreto la citazione fu a lui notificata il 9 maggio a Milano per comparire il 12 stesso mese in territorio di Pavia, e siccome il termine doveva normalmente essere di giorni 10 o quanto meno per l'urgenza ridotto a 5, così la citazione non può sfuggire alla nullità comminata dall'articolo 153 c. p. c.

Se non che il ricorrente male si appone in così fatto modo interpretando lo spirito cui s'informa l'invocato art. 696 c. c. vigente. La prescrizione ivi fatta della citazione deve essere conciliata colle disposizioni tutte che stanno in quell'articolo; e se la citazione ivi menzionata dovesse essere accompagnata da tutte le formalità dettate per le ordinarie citazioni nei comuni giudizi, quella maggior celerità di procedura

e la niuna dilazione voluta imperativamente dal legislatore pei casi di reintegrazione, che deve ordinarsi dal giudice anche sulla semplice notorietà del fatto, sarebbero poco meno che parole vuote di senso, essendo un termine qualunque, che importa per sè una dilazione anche brevissima, in perfetta contraddizione colla frase « senza dilazione » usata dal legislatore nello stesso art. 696 sovracitato.

Alla citazione di cui è parola nella disposizione di legge in esame, non possono per conseguenza convenire le regole e i termini delle citazioni ordinarie, che renderebbero vani gli scopi cui mira la disposizione stessa. Essa in sostanza non è, nè altro può essere, fuorchè la notizia che la parte contraria deve avere del ricorso presentato al giudice per ottenere il provvedimento di reintegra; e quando risulti, come in fatto non può contestarsi, che di quel ricorso la parte interessata sia stata regolarmente notificata, ben può il giudice provvedere senz'altra formalità di procedura e senza dilazione.

In cosiffatta interpretazione si è affermata la più accreditata dottrina e la giurisprudenza di questa stessa Corte, la quale ha costantemente ritenuto in sostanza che all'eccezionale giudizio di reintegra non sono applicabili le formalità regolari ordinarie della citazione degli altri procedimenti civili, perchè inconciliabili colla necessità del provvedimento tendente a stabilire il più celeremente possibile l'ordine pubblico stato in qualsivoglia modo turbato dal fatto spogliativo del possesso.

Ed a questi principî essendo inspirata la sentenza impugnata, cadono per conseguenza le censure che colla prima parte del mezzo secondo le muove il ricorrente.

—

TORINO, 26 aprile 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Invrea — *P. M.* Garelli = Bozzo c. Società Semoleria Genovese.

Il ritardo nell'adempimento del contratto basta per autorizzare la controparte a domandarne la risoluzione a sensi dell'art. 1165 c. c. (1).

La Ditta ricorrente, a fondamento del suo ricorso, sostiene non potersi pronunziare la risoluzione del contratto per effetto della condizione risolutiva tacita, allorquando la parte inadempiente l'abbia eseguito prima che dall'altra parte sia stata proposta domanda giudiziale di risoluzione.

La Corte non dissimula che la dottrina e la giurisprudenza sono generalmente favorevoli alla tesi della ricorrente insegnando potersi far luogo alla purgazione della mora ed essere conseguentemente preclusa la via alla risoluzione del contratto insino a che non sia passata in cosa giudicata la sentenza che abbia pronunziato la risoluzione. o quanto meno insino a che la domanda di risoluzione non sia stata giudizialmente proposta (Ricci, *Diritto civile*, vol. VI, n. 124; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. IV, pagina 225; Vidari, *Diritto comm.*, vol. IV, n. 1910, 2108).

Tuttavia la Corte inclina all'opinione contraria, perchè l'art. 1165 conferisce alla parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione il diritto alternativo di scelta fra l'esecuzione e la domanda di risoluzione, e questo diritto, ad avviso della Corte, non pare che possa essere eliminato dal fatto della parte inadempiente la quale siasi resa adempiente prima della domanda di risoluzione.

Venendo quindi meno il fondamento della domanda non può questa accogliersi.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 17 aprile 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Mussita — *P. M.* Cavalli — Palli c. Deoglio.

Le sentenze emanate in contraddittorio della società collettiva hanno efficacia contro i soci (1).

Non giova alla ricorrente insistere nella proposta violazione dell'articolo 77 del codice comm. col ricordare che le società in nome collettivo costituiscono rispetto ai terzi enti collettivi distinti dalle persone dei soci, trovando un primo ostacolo in quanto la sentenza denunciata ritenne essere comparsi in giudizio gli stessi individui costituenti la società, con effetto che la sen-

(1) Ne pare che la C. S. abbia risoluta la grave controversia con troppa disinvoltura, tanto più in quanto « non dissimula che la dottrina e la giurisprudenza » le sono contrarie! Olimpico dispregio degli interessi dei litiganti! — In senso difforme, adde anche De Crescenzio, *Obbligazione*, nella *Enciclopedia giuridica*, p. 299.

(1). In senso difforme v. Rocco, *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, p. 234 e segg. il quale sostiene invece che il creditore della società non può invocare contro il socio la cosa giudicata rispetto alla società, e per proporre l'azione contro il socio, deve prima avere escusso il patrimonio sociale. — Nel senso della sentenza v. in questo *Filangieri*, App. Venezia, 26 luglio 1888 (1888, 2, 713), che ha ritenuto altresì che l'art. 106 del cod. comm. esige la condanna preventiva, ma non anche la preventiva escussione della società.

tenza ha pronunciato in confronto e della ditta e degli individui che costituiscono la società colla nuova ragione sociale.

D'altronde, prescindendo da questo primo riflesso, l'inciso con tanto calore invocato, che la società rispetto ai terzi costituisce un ente collettivo distinto dalle persone dei soci, rivela che ha un significato ristretto, che solo entro questi limiti, e cioè rispetto ai terzi, rimane un ente distinto, non quindi di fronte ai soci e negli interni rapporti sociali.

È ovvio quindi ritenere che le persone dei soci siano comprese nell'ente sociale che tutti li rappresenta con effetto che, citata la ditta nella sua legale rappresentanza, siano virtualmente incluse le stesse persone dei soci vincolate a responsabilità illimitata e solidale.

In dottrina invero ed in giurisprudenza non si contesta che contro le persone dei soci siano efficaci ed esecutive le sentenze ottenute contro la società, dopo che siasi invano esperita l'azione contro l'ente sociale, e l'art. 847 c. comm., a toglimento di ogni dubbio che era sorto in applicazione dell'articolo 544 precedente c. comm., ha disposto che il fallimento di una società in nome collettivo produce anche il fallimento dei soci, e che colla stessa sentenza debba essere pronunciato e per questi e per quella: nuova conferma che il socio solidale sia rappresentato nell'azione contro la società in nome collettivo.

Non ha quindi ragione la Ditta ricorrente di invocare per sè una distinzione introdotta per i terzi, e le due censure sub *B* e *C* debbono essere rigettate.

P. q. m., rigetta.

—

NAPOLI, 12 marzo 1900 — *Pres.* Salvati — *Est.* Cianci — Morigerato c. Romito e Fanelli.

L'estremo della frode da parte del terzo acquirente, agli effetti di cui all'art. 1235 c. c., è sufficientemente stabilito da ciò, che il terzo sappia che il venditore ha la coscienza di rendersi insolvente di fronte ai suoi creditori per effetto della alienazione (1).

La Corte d'appello, muovendo da falsi criteri di diritto, ritenne non concorrere nel caso concreto le due condizioni essenziali all'esercizio dell'azione pauliana: cioè il *consilium fraudis* e l'*eventus damni*. In quanto alla prima condizione, disse la Corte che gli acquirenti non ebbero l'intenzione di procurarsi un indebito profitto in pregiudizio altrui. Or basta questo erroneo concetto intorno alla frode, *ex parte tertii*, a dimostrare che la sentenza è sostanzialmente viziata di nullità. Appena occorre rilevare, che la vendita di un immobile, quantunque fatta a giusto prezzo, può essere fraudolenta, laddove fosse informata dalla intenzione di sottrarre l'immobile all'azione dei creditori chirografari o ipotecari ed il prezzo dell'alienazione in tutto o in parte non sia tornato a loro vantaggio. Sicchè ai termini dell'art. 1235 c. c., come non occorre che l'alienante abbia l'*animus nocendi*, la intenzione di nuocere ai creditori, essendo bastevole la coscienza in lui, che la vendita renda impossibile la riscossione dei loro crediti, alla stessa guisa non è richiesta nell'acquirente l'intenzione di arricchirsi *cum aliena iactura*. Ammesso adunque che il Toma, con la vendita di quell'unico suo cespite, rimase insolvente, la frode dei coniugi Fanelli consiste nell'aver conosciuta quella condizione di fatto, cioè nella *non ignorantia fraudis* del venditore. Insomma, se egli è vero che il terzo acquirente è complice del *consilium fraudis*, quando sappia, che il debitore, nel vendere i suoi beni, ha coscienza di far danno ai creditori, la Corte d'appello evidentemente incorse nelle dedotte violazioni giuridiche; giacchè i fatti stessi ritenuti nella denunciata sentenza menano a tutt'altro risultamento che alla esclusione della frode e della certezza, in cui erano i coniugi Fanelli ed il Toma, che, con l'atto impugnato sarebbe derivata l'assoluta insolvenza di quest'ultimo.

Non meno infondato è il ragionamento della Corte, nel punto, dove esclude l'*eventus damni*, sol perchè il creditore Masselli vantava una iscrizione ipotecaria di L. 600 sul fondo venduto per L. 1154; giacchè l'atto può essere inquinato di frode non solo quando produca, ma anche quando accresca l'insolvibilità del debitore, senza pur dire, che la frode può altresì concretarsi nel caso, che il pagamento sia fatto per secondi fini, cioè per procurare un vantaggio per sè o per altro creditore, diversamente dal modo, che si attiene al puro adempimento di un'obbligazione. Sotto questo aspetto ciascun vede che la motivazione della sentenza in parte è equivoca, in parte è erronea e per lo meno insufficiente, poichè non discusse le circostanze, per cui la ricorrente Morigerato, sorpresa da fallaci promesse e raggiri fraudolenti, atti a vincere ed ingannare l'altrui buona fede, fu impedita a garentire il pro-

---

(1) Cons. in arg., da ultimo, stessa Corte, 2 ottobre 1897, in questo *Filangieri*, 1898, 33 coi richiami di giurisprudenza e di dottrina. — Adde De Palo, *La revocatoria per frode nei recenti studi civilistici*, pure in questo periodico, 1899, 81 segg., in ispecie a pag. 180 e segg.

prio diritto sull'immobile venduto, quantunque il suo credito di L. 1000, oltre la liquidazione definitiva dei danni, fosse stato di gran lunga maggiore dell'altro credito del sig. Masselli. Aggiungasi che alcuni capi di prova, ordinati in primo grado, riguardavano appunto il pagamento non eseguito al signor Masselli, poichè questi da molti anni, in estinzione del suo credito, possedeva fondi di Leonardo Toma, padre di Filippo, l'autore del violento attentato in persona della ricorrente. Sicchè la Corte d'appello, nel respingere i mezzi istruttori, erroneamente applicò la massima *frustra probatur quod probatum non relevat*, in dipendenza a falsi criteri giuridici, in riguardo alle condizioni essenziali all'esperimento dell'azione revocatoria, le quali certamente saranno meglio valutate nel giudizio di rinvio.

P. q. m., cassa, ecc.

—

ROMA, 1.° marzo 1900 — *Pres.* Innocenti — *Est.* Alaggia = Esattoria comunale di Roma c. Banco di Napoli.

L'azione del contribuente contro l'esattoria, per restituzione di tasse indebitamente percette, va proposta non contro l'esattore in carica, ma contro quella persona che copriva la carica di esattore all'epoca dell'indebita percezione.

La Corte d'appello ebbe a ritenere che sebbene si trattasse nella specie di reintegrazione nella massa divisibile tra i creditori di somme indebitamente riscosse dalla cessata Esattoria Trezza, e per tasse relative agli anni 1888 al 1891, cioè in epoca precedente alla gestione assunta dall'attuale Esattoria comunale, pure l'azione giudiziaria era stata ben proposta contro quest'ultima, poichè l'Esattoria deve considerarsi quale ente continuativo, e quindi capace di diritti e doveri propri, indipendenti dalla persona che secondo legge assume ad ogni quinquennio l'appalto della riscossione delle imposte.

Ma cotesta massima non può essere adottata da questo Supremo Collegio, perchè in aperta contraddizione col sistema organico vigente sulla riscossione delle imposte dirette, e con tutta l'economia della legge testo unico 23 giugno 1897. Difatti in base a tale legge, lo Stato, la Provincia ed il Comune, per meglio garantire la sicurezza e la integrità del pagamento delle imposte alla loro scadenza, hanno voluto disinteressarsi del servizio della riscossione, concedendolo per appalto quinquennale, e a condizioni stabilite, a privata persona. Per effetto di tale contratto l'appaltatore, con la consegna a lui fatta dei ruoli esecutivi delle imposte, diventa debitore di quegli enti per l'intero ammontare risultante dai ruoli medesimi, e risponde a suo rischio e pericolo del non riscosso come riscosso. Egli dunque contrae una responsabilità personale nascente dal fatto proprio, e limitata in ordine al tempo, durata dell'appalto, ed in ordine all'oggetto, cioè all'esazione delle tasse comprese nei ruoli esecutivi che gli vennero consegnati.

Scaduto il quinquennio l'esattore procede ai rendimenti dei conti onde poter poi conseguire lo svincolo e la restituzione della sua cauzione; ma per i residui attivi, che alla scadenza del contratto di Esattoria rimangono ancora a conseguire dai contribuenti, conserva ancora per un anno i privilegi fiscali dell'esattore, e dopo un anno i suoi crediti diventano privati; ciò che dimostra che l'esattore agisce sempre come persona, e nei limiti del suo contratto, e non come rappresentante di un ente.

D'altra parte i contratti d'appalto sono rinnovabili di quinquennio in quinquennio dagli enti interessati, e parimenti possono rinnovarsi gli aggiudicatari appaltatori. Da tutto ciò sorge ad evidenza che la gestione di un esattore non è continuativa, ma è del tutto distinta ed indipendente dalla gestione del precedente o del successivo esattore; e quindi l'attivo ed il passivo della gestione dell'esattore cessante non passa all'esattore che subentra. Ciascun esattore risponde perciò personalmente dei fatti relativi alla sua gestione così verso gli enti interessati, come verso i contribuenti; ed in conseguenza sarebbe inammissibile l'azione proposta da costoro per restituzione di tasse indebitamente pagate contro il convenuto esattore, che non ebbe a riscuoterle, perchè estranee alla sua gestione e non comprese nei ruoli a lui consegnati.

P. q. m., cassa, ecc.

—

NAPOLI, 19 gennaio 1900 — *Pres.* Nunziante — *Est.* Toraldo = Giura c. Dinella.

La mancanza della data di pronuncia è causa di nullità della sentenza sol quando nella medesima non si rinvengano elementi per ristabilire la vera data col procedimento di cui all' articolo 473 c. p. c. (1).

---

(1) V. in arg., da ultimo, Cass. Torino, 9 febbraio 1899, in *Filangieri*, 1899, 369, col richiamo. — Per le sentenze dei pretori e dei conciliatori, v. da ultimo, Cass. Roma, 23 gennaio 1900, pure in *Filangieri*, a. c., p. 278 colla nota.

Col I dei mezzi, il ricorso sostiene la nullità della denunciata sentenza, perchè mancante della data della decisione.

Questo mezzo, d'indole pregiudiziale, richiama principalmente l'attenzione del Supremo Collegio.

È ovvio che l'indicazione della data della decisione è formalità essenziale della sentenza, prescritta a pena di nullità dal n. 8 dell'art. 360 e n. 2 dell'art. 361 c. p. c.

Nella specie la data esiste, ma è indubbiamente erronea, perchè non è possibile che la decisione sia avvenuta il 24 maggio 1899, quando la causa passò in deliberazione il 31 maggio, giorno nel quale i procuratori presentarono le conclusioni trascritte nella sentenza. Le parti sono d'accordo su codesta erroneità, e la disputa riducesi a ricercare se la erronea indicazione equivalga a mancanza di data, e renda perciò nulla la sentenza, ovvero costituisca un semplice errore materiale, emendabile con la procedura dell'art. 473.

In proposito si è giustamente osservato, che ove la sentenza offra equipollenti per ristabilire la vera data e sostituirla alla erronea, trattasi di un semplice errore, emendabile ai sensi del ricordato art. 473; ma se la sentenza stessa non fornisce gli elementi necessarî per la correzione dell'errore, non è lecito ricorrere ad elementi estranei, come i registri o le annotazioni del presidente o del cancelliere. A questa dottrina il Supremo Collegio pienamente accede, e siccome nella specie manca nella sentenza qualsiasi elemento per determinare la data della decisione, risultando soltanto che la causa dovette essere decisa in un giorno intermedio fra il 31 maggio, quando passò in deliberazione, ed il 28 giugno, quando fu pubblicata la sentenza, codesto equivale ad assoluta incertezza della data, ossia a mancanza di essa, onde la necessità di annullare relativamente al I mezzo del ricorso la sentenza, rimanendo assorbiti in tal modo tutti gli altri, e di ordinare che la causa sia novellamente esaminata.

P. q. m., cassa, ecc.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

MILANO, 30 ottobre 1900 — *Pres.* Favini — *Est.* Setti = Fontana dott. Pietro c. Pellegrini.

Il proprietario d'una farmacia privilegiata esistente in Lombardia non viola gli obblighi che gli incombono per l'art. 1575 c. c. verso la persona a cui egli l'abbia data in affitto, per il semplice fatto di aver procurato e ottenuto dalla Prefettura il trasporto del suo privilegio da quella ad altra farmacia prima libera, se, non ostante tale cessazione di privilegio, l'esercizio farmaceutico dato in affitto continui regolarmente senza opposizione di sorta da parte di terzi (1).

Con citazione 13 agosto u. s. il dottor Luigi Pellegrini chiamava in questo giudizio Fontana dott. Pietro, ed esponeva: che egli concedeva in affitto al convenuto la farmacia situata in Milano, viale Vigentina n. 14, per il canone annuo complessivo di L. 1400, da pagarsi in due rate semestrali, per anni tre e mesi 4 cominciando dal giorno 5 giugno 1899, come da contratto; — che il conduttore sig. Fontana aveva per lettera 6 agosto informato esso Pellegrini che per l'ottobre intendeva retrocedere la farmacia ritenendo d' aver così presentato regolare disdetta: — che ciò costituiva una violazione del contratto il quale doveva invece essere osservato e mantenuto. Ciò premesso chiedeva giudicarsi esser tenuto il dott. Pietro Fontana a mantenere il contratto d'affitto in parola sino alla sua scadenza 29 settembre 1902, e dovere conseguentemente pagare alle ripetute scadenze le rate di canone anticipate, come si era obbligato.

A sostegno della domanda l'attore produsse una ricevuta di caparra portante la firma anche del dott. Pietro Fontana, in data 31 marzo 1899, la denuncia di contratto verbale ed altri contratti d'affitto conclusi in precedenza dal Pellegrini con Antonio Agostinacchio, tutti debitamente registrati, ed in fine un ricorso al presidente di questo tribunale e decreto 3 ott. 1899 col quale gli si concedeva di procedere a sequestro conservativo in odio del Fontana per pagamento di rate d'affitto scadute.

Il convenuto oppose che, come risulta da dichiarazione prefettizia 12 sett. 1900, il Pellegrini era stato autorizzato per decreto 20 aprile u. s. a trasportare la sua farmacia di diritto privato da viale Vigentina n. 14 a via G. Ripamonti n. 5, che con ciò aveva tolto il diritto di privilegio che prima spettava alla farmacia affittata, e conseguentemente era venuto meno agli obblighi che quale locatore gli incombevano a sensi dell'art. 1575 c. c.

---

(1) È una specie nuovissima, a quanto ne consta, e decisa assai rettamente dalla Corte di Milano. — In tema di vincoli e privilegi di diritto privato a favore dei proprietari di farmacie del Lombardo-Veneto, v. da ultimo Cass. Roma, 5 luglio 1900 in *Filangieri*, 1900, 871, col richiamo.

Chiedeva quindi di essere assolto dalla domanda avversaria ed in via riconvenzionale instava per la risoluzione del contratto e per il risarcimento dei danni.

Il tribunale, colla sentenza 15 sett. 1900, accolse le domande del dott. Pellegrini, donde l'appello presente, ritualmente interposto.

L'appello investe la sentenza per tutte le sue affermazioni, la prima delle quali è questa: il convenuto Fontana non fu turbato nel godimento della casa locata dal fatto che l'attore Pellegrini ottenne dal prefetto di Milano di trasportare la sua farmacia di diritto privato da viale Vigentina n. 14 (ove la eserciva, in affitto, il Fontana) a via Ripamonti n. 5.

Questa affermazione del tribunale è errata? Non lo crede il Collegio.

Cosa affittò il Pellegrini al Fontana col contratto 31 marzo 1899 in atti?

È pacifico che affittò i locali e accessori (attrezzi, medicine, ecc.) nonchè il diritto d'esercizio della farmacia di viale Vigentina n. 14. Lo stato di fatto della farmacia locata al 31 marzo era quello di una farmacia di diritto privato privilegiata, chè di fondazione anteriore al 1835 e che godeva — ciò pure è pacifico — il diritto e i privilegi inerenti al diritto privato di proprietà.

Il locatore dott. Pellegrini eserciva allora e fino dal 1895 anche la farmacia propria di via Ripamonti n. 5. Nacque contesa nel 1896 per questa apertura di farmacia tra certo sig. dott. A. Mendini e il dott. Pellegrini, e la sentenza 16 dic. 1896 di questa Corte risolse la questione in favore del Mendini.

Ma il dott. Pellegrini allora trovò modo di accomodarsi coi farmacisti a lui viciniori e quella farmacia rimase aperta senza ulteriori contrasti, come lo è tuttora.

Senonchè nei primi mesi dell'anno corr. il dott. Pellegrini fece pratiche per far « trasportare il diritto privato » che egli aveva « a mente delle normali austriache del 1835, dalla farmacia viale Vigentina 14 all'esercizio di via Ripamonti 5 ». Leggesi infatti nei certificati prodotti dal Fontana nel suo fascicolo, che tale autorizzazione, di trasportare quel suo diritto privato, gli venne concessa nel 20 aprile scorso, e così le prerogative e i diritti che aveva la farmacia antica passavano nella nuova.

Ma quella non ebbe danni per ciò: continuò a restare aperta e a vendere i medicinali come prima.

Lo stesso appellante deve riconoscere che danni valutabili pecuniariamente non ne ebbe l'antica farmacia, il cui esercizio è in corso; ma afferma che è spogliata di ogni diritto d'esercizio e per essere diventata — con quel trasporto — una farmacia abusiva.

Ma è facile rispondere che se la farmacia nuova di via Ripamonti visse, in concorrenza d'esercizio, con quella antica di viale Vigentina fino dal 1895 in poi — il fatto di aver potuto « trasportare il diritto privato » dell'una all'altra non deve valere — come non ha valso — a rendere abusiva la farmacia antica spogliata del privato diritto di fronte alla nuova che ne è investita. Il decreto prefettizio, nell'autorizzazione che concedeva nel 20 aprile 1900, non condizionava il trasporto del diritto privato alla chiusura dell'antica farmacia. Vissute contemporaneamente prima di quel decreto poterono e potranno vivere contemporaneamente anche dopo, colla sola differenza, che quel diritto privato, sancito e protetto dalle normali austriache del 1835, è inerente oggi all'esercizio di via Ripamonti 5 e non più a quello di viale Vigentina 14. Ma in realtà questa antica farmacia vive; nel suo esercizio effettivo è inalterata e non tocca; l'esistenza che aveva prima la vide continuata e non diminuita, perchè il trasporto di un diritto privato, di un privilegio storico non ha pratica influenza sulle condizioni estrinseche o commerciali di una simile azienda.

Quindi non si può affermare che il locatore non abbia conservata al conduttore la cosa locata, nè che non l'abbia mantenuta in istato da servire al suo uso, nè che abbia turbato il pacifico godimento della medesima.

Ma il conduttore non si dà per vinto, e soggiunge che la sua farmacia così ridotta è diventata una farmacia abusiva nel senso che domani può incoglierlo un processo per contravvenzione.

Se ciò fosse vero egli avrebbe ragione. Ma la verità si è che la vecchia farmacia da cui il privato diritto — per usare la terminologia prefettizia — fu tolto col decreto 20 aprile, non rimane per ciò solo abusiva. Essa rimane una farmacia libera: ecco tutto. L'esercizio del dott. Fontana non è passibile di contravvenzione. Perchè una farmacia libera sia conforme alla legge vigente occorre che colui che la vuole aprire ne dia avviso all'autorità amministrativa e vi preponga persona che abbia le qualità volute dalla legge.

Ora la farmacia di viale Vigentina 14 fu aperta regolarmente prima del 1835, e se dopo il 20 aprile 1900 non figurerà più fra le farmacie privilegiate o private, cioè retta dalle normali austriache, resterà però sempre una farmacia libera già iscritta nei libri della prefettura ed esercìta in conformità alla legge vigente.

Se dall'avvenuta trasformazione potrà derivare un turbamento qualsiasi all'esercizio farmaceutico del dott. Fontana, puossi fin

d'ora affermare che non sarà per essere una contravvenzione per abusivo esercizio di farmacia, e se altri crederà di far valere diritti derivanti dall'ubicazione, il conduttore potrà sempre chiamare responsabile della turbativa il dott. Pellegrini. Ma oggi il dott. Fontana non può dire di essere stato privato di un esercizio che in realtà detiene e conduce e svolge come prima, giacchè è in realtà indifferente all'esercizio stesso che una farmacia sia retta da una legge del 1835 o da una recente, quando si deve riconoscere che vantaggi speciali e relativi alla gestione non promanano da quelle leggi.

Come ultimo obbietto il conduttore dice che il locatore viola il comma *D* delle normali del 1835, pel quale nessuno può essere proprietario di due farmacie.

L'osservazione è speciosa. La legge vuole che una stessa persona non sia proprietaria di due farmacie, ma nel senso che non vuole si radunino in una sol mano più privilegi. In questo senso fu in pratica intesa quella disposizione. Ma nel caso concreto la bisogna corre diversamente.

Il dott. Pellegrini, trasformando il diritto privato dalla farmacia antica nella nuova, non viene a mantenere su quella i diritti speciali e i privilegi che porta su questa. Un'azienda resta una farmacia libera, l'altra privata e retta dalle normali del 1835; e poichè per le leggi vigenti non è vietato che uno che ha una farmacia privata possa avere ed esercire anche una farmacia libera, così il dott. Pellegrini non viola alcuna disposizione di legge. In secondo luogo poi non è permesso al conduttore Fontana, che ha liberamente formato e firmato il contratto d'affitto col suo locatore, di venire oggi armato dell'art. 1122 c. c. per domandare la nullità del contratto stesso.

—

CASALE, 5 settembre 1900 — *Pres.* ed *Est.* Martinelli = Società di Mutua Assicurazione contro gli incendi « La Previdente » di Passerano.

La riunione di diversi proprietari per l'assicurazione mutua dei loro beni contro i danni dell'incendio, senz'altro conferimento che la rispettiva quota di premio, ma con la responsabilità solidale dei soci per il risarcimento di detti danni, costituisce l'oggetto di una società commerciale vera e propria (1).

Non è controverso che lo statuto fondamentale della Società detta « La Previdente » di Passerano per la mutua assicurazione contro i danni degli incendi e il relativo atto costitutivo contengano prescrizioni e norme dirette a costituire e regolare un'associazione di piccoli proprietari, agricoltori e coloni tendenti ad uno scopo comune, quello cioè di consociarsi con poche spese e senza capitale preventivo con lo scopo di riparare integralmente i danni cagionati dagli incendi delle loro proprietà e di rendere per tal modo meno gravosa l'assicurazione, eliminando la corresponsione dei premi cui dovrebbero esporsi pagandoli alle società di assicurazione, e coll'obbiettivo altresì di sollecitare l'accertamento dei danni e l'integrale loro risarcimento.

A questo lodevole ed utile scopo sono dirette tutte le forze individuali e collettive dei soci, ed in particolare è richiesta l'opera loro personale col concorso obbligatorio alla prevenzione ed all'estinzione degli incendi.

Ciò premesso, non dubita la Corte di ritenere, come del resto fu costante sua giurisprudenza, che siffatta associazione, quale apparisce dalle premesse in fatto, costituisce una società commerciale cooperativa in nome collettivo; e poichè nelle sue particolari disposizioni, prescrizioni e modalità si è uniformata alle norme contenute negli art. 219 e seguenti dettate per le società cooperative, dovevasi ordinare la trascrizione a sensi di legge.

La legge non definisce le società commerciali che per l'oggetto che si propongono, quello, cioè, di compiere uno o più atti commerciali, e si differenziano essenzialmente dalle associazioni in quanto queste siano disciplinate da norme particolari, e sono di due specie soltanto: l'associazione in partecipazione, disciplinata dagli art. 233 e successivi, e l'associazione di mutua assicurazione, di cui agli art. 239 e segg. c. comm.

È quindi ovvio trarne la illazione che qualunque associazione con carattere commerciale, benchè se non nell'essenza, ma in qualche disposizione partecipi delle associazioni, o di una di esse, quali dalla legge sono riconosciute, debba definirsi ed annoverarsi fra le società commerciali ogni volta che niuna disposizione proibitiva o contraria all'ordine pubblico ne intralci il funzionamento.

Dalla società commerciale si distingue la società civile, la quale per lo scopo che si propone, che è quello soltanto di un utile divisibile fra i soci, e per il modo diverso di estinzione, non può confondersi con quella d'indole affatto diversa. Giusta gli art. 3 n. 20 e 6 c. comm. si reputano atti di commercio le associazioni terrestri anche mutue contro i danni rispetto all'assicuratore soltanto.

(1) Per una larga dimostrazione del tema v. la recente monografia del prof. GOBBI, *Mutuo soccorso* (Società di) nella *Enciclopedia giuridica italiana*.

Nella soggetta specie tutti i soci sono assicuratori e si obbligano di pagare integralmente al consocio danneggiato il valore dei beni in tutto o in parte distrutti. Questa mutua assicurazione, a cui prendono parte tutti i soci per evitare spese con speranza di maggior profitto, costituisce indubbiamente quella speculazione che caratterizza l'atto di commercio.

L'obbligo ai soci di prestare la propria opera personale per prevenire ed estinguere gli incendi e la forma data alla società di cooperativa in nome collettivo guarentisce il socio danneggiato che l'integrale danno dai consoci gli verrà indubbiamente rifuso.

Nella Società l'utile che ciascun socio ricava viene rappresentato dal risparmio di una spesa altrimenti inevitabile, dall'esonero cioè di corrispondere i premi alle Società assicuratrici, pur essendosi assicurato l'integrale rifacimento del danno, con che oltre ad una minorazione di spesa e di eventuali perdite, si ottiene altresì il rilevante vantaggio di vedere diminuito il pericolo di danni, atteso l'obbligo solidale di ciascun socio a risarcirlo e di prestare la propria opera personale per prevenirlo e per limitarne le disastrose conseguenze. Come è possibile non riscontrare in ciò un singolare vantaggio pel socio, quella utilità cioè di cui la legge esige la indicazione nell'atto costitutivo e nello statuto, motivo per cui cade l'obbietto che con tale indicazione la Società non siasi preoccupata che di evitare una perdita? In senso legale ed economico una spesa d'altronde inevitabile, ove si riesca a risparmiarla, forma indubbiamente un utile, un guadagno al pari di ciò che si incassa.

Il carattere cooperativo della Società commerciale « La Previdente » si desume in particolare da ciò, che tutti i soci sono obbligati a prestare l'opera loro personale a beneficio della Società onde prevenire, estinguere e limitare, se possibile, le conseguenze dannose dell'incendio. La caratteristica delle società cooperative, di cui la legge non dà la definizione, sta appunto in ciò che gli associati si propongono di conseguire, mediante la cooperazione di tutti, un determinato scopo economico, ossia lucro o guadagno a loro comune.

Queste società, con qualunque delle tre forme di cui all'art. 76 c. comm., non una mera speculazione, ma un mutuo e fratellevole aiuto si propongono ed una personale cooperazione, e sono dirette a favorire il benessere, la protezione delle classi meno agiate, e cioè delle classi lavoratrici, dei coloni e piccoli proprietari, quali sono quelli che appartengono alla Società « La Previdente ».

E le società stesse possono esistere senza capitale preventivo, potendosi rilevare il suo montare dal bilancio annuale. È infatti carattere essenziale delle società cooperative che il loro capitale sia continuamente variabile per facilitare l'ingresso e l'uscita dei soci, ragione per cui dalle particolari prescrizioni relative alle cooperative vennero eliminate quelle disposizioni di legge incompatibili col cardinale concetto che il loro capitale, anzichè un capitale formato, è un capitale in continuo stato di formazione. La tassa d'ingresso serve a sopperire alle spese d'impianto, non per costituire il capitale sociale. Vi è però l'obbligo di ogni socio, al verificarsi di un incendio a danno di altro socio, di concorrere con gli altri all'integrale risarcimento del danno, impegnando tutte le proprie forze economiche, con responsabilità cioè illimitata, ciò che costituisce guarentigia di sicuro rifacimento, al pari per lo meno di un capitale già formato per effetto del pagamento di premi di assicurazione.

E non è a confondersi la Società « La Previdente » con l'associazione di mutua assicurazione, di cui agli art. 239 e segg. c. comm., ancorchè sotto qualche aspetto partecipi dell'associazione stessa.

Questa ha per iscopo di dividere tra gli associati i danni cagionati dai rischi che sono soggetto dell'assicurazione, ma la Società « La Previdente » non possiede alcun capitale preventivo per ripartirlo tra i soci danneggiati nell'eventualità di un incendio. In essa non vi ha nessun capitale costituito da premi annuali, e quindi nessun rischio si incorre come nella legale associazione di mutua assicurazione. Il suo capitale, che è formato da tenui quote, serve soltanto per le spese d'impianto e d'amministrazione, le quali sono di ben poco rilievo stante la gratuità delle cariche o dell'opera degli esperti che procedono all'accertamento dei danni.

Nella Società « La Previdente » predomina il concorso dell'opera personale dei soci, che è caratteristica delle cooperative; è quindi un'associazione *sui generis*, che ha indole e scopi diversi dalla legale associazione, in quanto, non una mera speculazione, ma un mutuo e fratellevole aiuto si propone, con fine di previdenza e di risparmio.

È quindi una società cooperativa, la quale per i suoi caratteri, fini ed effetti rientra nel novero di quelle dalla legge acconsentite perchè non contrarie alle leggi proibitive ed all'ordine pubblico.

Ma v'ha di più. Nello statuto in esame si dà diritto al socio danneggiato di pretendere l'integrale pagamento del danno, e questo si estende eziandio all'importo dei guasti causati a fabbricati attigui a quelli intaccati dall'incendio. Dall'altro lato queste

disposizioni sono contrarie a quelle dell'articolo 239, per il quale gli associati non sono tenuti che alle contribuzioni determinate dal contratto ed in nessun caso verso i terzi se non ciascuno in proporzione del valore della cosa per cui fu ammesso nell'associazione.

P. q. m., ordina, ecc.

—

VENEZIA, 7 agosto 1900 — *Pres.* Spanio — *Est.* Scarpa = Sguario c. Salvadori ed altri.

La cauzione dei notai risponde con prelazione dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni che essi compiono come pubblici ufficiali, e non anche di privati incarichi loro affidati (1).

L'appellante chiede in via principale l'ammissione delle prove testimoniali proposte davanti il tribunale e da questo respinte. Sul proposito osserva la Corte che non è ammissibile che l'iscrizione dell'ipoteca faccia parte delle funzioni del notaio, le quali altre non sono nè possono essere che quelle espressamente demandategli dalla legge, vale a dire quelle da lui compiute come pubblico ufficiale, e per l'esecuzione delle quali le parti di necessità devono a lui ricorrere. La cauzione soltanto per queste deve rispondere (a termini dell'articolo 19 della legge notarile) nel caso che nell'esercizio delle sue funzioni il notaio abbia cagionato dei danni, ma non già nel caso di danni dipendenti dalla mancanza di esecuzione di privati incarichi, quale è indubbiamente quello della mancata esecuzione dell'iscrizione ipotecaria, di cui con la testimoniale si vuol provare che il Caffo aveva ricevuto la commissione dallo Sguario. Ben a ragione quindi il tribunale di Vicenza respinse la domanda d'ammissione della prova testimoniale, osservando che anche nell'ipotesi che il defunto notaio Caffo avesse avuto e si fosse assunto l'incarico di fare le occorrenti pratiche per ottenere l'iscrizione ipotecaria, i danni che eventualmente ne fossero derivati o fossero per derivare allo Sguario per la mancata iscrizione, non potrebbe mai costui pretendere venissero soddisfatti colla cauzione notarile prestata dall'autore dei Salvadori ostandovi il disposto dell'art. 19 della legge notarile, il quale dispone che la cauzione è vincolata nei rapporti coi privati al risarcimento dei danni cagionati dal notaio nell'esercizio delle sue funzioni.

Per tali considerazioni merita piena conferma la sentenza del tribunale che rigettò la prova, e scendendo al merito respinse l'opposizione fatta dallo Sguario contro la domanda presentata dai Valentino ed Isidoro Salvadori, figli ed eredi del fu Valentino Salvadori, fideiussore del fu notaio Caffo, perchè non sussisteva un caso previsto dall'art. 19 della legge succitata per legittimare l'opposizione stessa.

(1) Pel caso di incarichi affidati dal giudice, v. A. Napoli, 23 giugno 1899 in *Filangieri*, 1900, 65. — Sul tema in genere della responsabilità del notaio, v. da ultimo A. Milano 5 dicembre 1899, *Ib.*, 1900, 298, col richiamo.

—

CATANIA, 2 luglio 1900 — *Pres.* ed *Est.* Porqueddu = Bufardeci c. Banca d'Italia.

1. *La sentenza, anche non notificata, vale ad interrompere la prescrizione.*

2. *L'actio iudicati si prescrive in trent'anni anche se la sentenza ha risoluto una controversia commerciale* (1).

Si eccepisce la prescrizione quinquennale invocando la disposizione dell'articolo 915 c. comm. Si allega cioè che non ostante la sentenza proferita nel quinquennio dalla emissione della cambiale, l'azione cambiaria si estinse perchè la sentenza non aveva prodotto alcun effetto, non essendo stata notificata in quel periodo di tempo. O la sentenza, come giudicato, deve avere qualche effetto, o no: — se deve averne, e ciò è indubitato, quello doveva essere d'interrompere il corso della prescrizione cambiaria e dar vita ad un'altra azione e prescrizione, quella che nasce dalla stessa sentenza. E come che non notificata la sentenza, non restava essa perciò mancante dei suoi effetti civili, i quali permangono e durano per tutto il periodo di tempo della ordinaria prescrizione delle azioni.

Così essendo, non è più a discorrere di prescrizione dell'azione cambiaria, che fu fatta cessare ed innovata con la sentenza che s'impugna, ma di vedere se la novella prescrizione, nascente dal giudicato, sia quella di 10 anni, secondo l'art. 917 c. comm., o di trent'anni secondo l'art. 2135 c. c. Ed è qui che si fonda maggiormente il motivo d'appello e sul quale deve cadere l'esame della Corte.

La prescrizione ordinaria in materia commerciale, dispone l'art. 917 c. comm., si compie in dieci anni.

È chiaro per la parola della legge che la prescrizione di che trattasi comprende le sole materie commerciali; se si dovesse dis-

(1) Cfr. da ultimo Cass. Napoli. 7 dicembre 1899, in *Filangieri*, 1900, 529, col richiamo.

correre di altra materia, non potrebbe più essere applicata tale disposizione di legge.

Va qui considerato, se trattandosi di sentenza che aveva per fondamento una controversia intorno ad affari commerciali, debba ritenersi che la prescrizione abbia a compiersi nello stesso periodo di tempo.

Le sentenze hanno due caratteristiche distinte, una di forma e l'altra di sostanza. Nella prima si riscontra quella di un potere pubblico, d'una autorità pubblica, che imprime una solenne forza legale, nella seconda ravvisasi una trasformazione dell'istanza, dell'azione intentata, la quale si nuova in un diritto governato da tutt'altra azione, che non è più quella che diede moto al giudizio.

La sentenza che ne emana, se è di condanna produce, a così dire, un nuovo diritto, un altro titolo, un novello vincolo giuridico ed una novella azione che li governa, l'azione del giudicato; e se vi fosse stata assoluzione, produrrebbe l'eccezione della cosa giudicata.

L'una e l'altra, azione ed eccezione, nascono in virtù della sentenza: entrambe hanno fondamento nell'antico diritto comune, conosciuto sotto il nome «di actio indicati» e «di exceptio rei iudicatae». Esse non sono sancite in modo espresso in una disposizione di legge, ma hanno riscontro nei principî generali di diritto, che sono vivi e vigenti nel nostro codice (art. 3 disp. prel. c. c.).

Nessuno disconosce che dalle sentenze di condanna del magistrato nasce l'azione del giudicato, un titolo nuovo governato da una novella azione.

Non tratterassi di una novazione contrattuale, non di quella che in antico nasceva dalla *litis contestatio*, ma può dirsi che, con la sentenza, s'innova il diritto, si trasforma in una novella azione.

Nella specie, il diritto al pagamento, in forza dell'azione cambiaria, è trasformato per legge, la sentenza fornisce, fa rampollare un diritto al pagamento, che non è l'anteriore, un titolo novello; la sentenza dà vita all'azione del giudicato.

Quest'azione non ha più, come si è detto, suo fondamento nell'azione cambiaria, nella materia commerciale, di cui tratta l'art. 917 c. comm., ma fondasi sulla sentenza: nè in questa è da ricercare più se ebbe per oggetto la materia commerciale. Essa è opera tutta del magistrato, un atto solenne, un atto pubblico che rientra nel giure civile, senza che abbia a badarsi più alla materia che diede occasione ad emanarla. Tanto è ciò vero che nelle controversie sull'esecuzione delle sentenze, non si tiene conto più del tribunale che le pronunziò, se tribunale di commercio o no, ma l'esecuzione in generale è demandata al tribunale civile. Non è poi alla forma, all'impronta solenne che le diede il magistrato che si bada, non è un feticismo a questa che si tributa così avvisando, è alla sostanza della sentenza che si guarda, al titolo nuovo che con essa ne scaturì, l'azione del giudicato. Di essa non si parla nell'art. 915 c. comm., non è detto nell'art. 2138 c. c.; ma è un'azione di giure civile incontrastato, nascente dalla sentenza, e come le azioni tutte di giure civile comune deve prescriversi, non nel periodo di dieci anni, come originata da materia commerciale, ma di trent'anni, come azione di diritto civile, che tutte sono rette dall'art. 2135 c. c.

E qui si lascia da parte la quistione, antica e nuova, se la prescrizione dell'azione del giudicato, che avviene con l'inazione per trent'anni, involga pure la prescrizione del diritto, che con un nuovo titolo era stato dichiarato: da che le sentenze non creano, ma dichiarano il diritto. Però che di tutto questo, prescritta l'azione, torna inutile ricercare se il diritto le sopravviva anche come obbligazione naturale. In fine, non rimane che conchiudere come anche il motivo d'appello intorno all'allegata prescrizione di dieci anni non ha solido fondamento e non può essere accolto.

—

CASALE. 15 giugno 1899 — *Pres.* Giusto — *Est.* Dabbene — Ratti c. Colli.

1. *Nel giudizio di nullità del matrimonio per impotenza di un coniuge, la revisione della perizia invocata dal coniuge attore non può respingersi per la semplice supposizione che i nuovi periti altro non possano rilevare se non quanto venne rilevato dai primi* (1).

2. *Nè è motivo per respingere la detta revisione la circostanza che l'attore ne abbia chiesta l'ammissione a spese della parte contraria, ben potendo il magistrato ordinarla d'ufficio o in ogni caso ammetterla a spese dell'attore stesso* (2).

3. *In tema di nullità del matrimonio per impotenza di un coniuge è inammissibile una prova testimoniale da costui dedotta per dimostrare di aver avuto commercio con persona diversa dall'altro coniuge* (3).

(1-3) Le sentenze della Corte di Milano e della Cassazione di Torino, rese in questa medesima causa, si leggono nel *Filangieri*, 1899, pagg. 136 e 202. La presente decisione si uniforma in tutto al giudicato della C. S. Torinese, e giustamente. Sul punto dell'ammissibilità della prova anche se richiesta a spese

Le questioni che si presentano a decidere alla Corte in questa causa di rinvio consistono nel vedere:

Se abbia o non errato il tribunale di Monza col non avere, in base alle risultanze degli atti giudiziali e seguìta giudiziale perizia, dichiarato nullo, per impotenza manifesta e perpetua ed anteriore, il matrimonio celebrato il 3 marzo 1897 tra l'Enea Colli e la signora Ratti Elisa.

Se non abbia errato nel non avere quanto meno ammesso i capi di prova testimoniale e perizia in via subordinatissima dedotti dalla Elisa Ratti, per stabilire la da essa allegata impotenza del marito, e coll'avere all'incontro senz'altro respinte tutte le domande proposte dalla Ratti Elisa contro il di lei marito Colli Enea.

In ordine alla prima questione, osserva la Corte come non possa farsi appunto alla sentenza del tribunale di Monza se per la da essa rilevata mancanza, nella perizia giudiziale del dottor Erba, di sufficienti argomenti tecnici, scientifici ed esplicativi delle cause che originarono la riscontrata innervazione degli organi genitali, non potè convincersi della ivi dichiarata impotenza funzionale manifesta e perpetua al coito del Colli Enea, e della sua esistenza anteriore al matrimonio di questo colla Ratti Elisa e conseguentemente non credette senz'altro accogliere la di costei domanda tendente ad ottenere l'annullamento del suo matrimonio col Colli.

È d'uopo considerare che trattasi di questione difficile e delicata, in cui pare la scienza non abbia ancora in certi casi speciali, dati positivi per risolverla; di una questione di grande importanza perchè può interessare l'ordine delle famiglie, ed in cui il giudicante deve procedere colle maggiori cautele possibili, nè può affidarsi alle semplici dichiarazioni degli sposi, poichè trattandosi di cosa d'ordine pubblico, la legge non si accontenta del loro reciproco consenso, ma richiede si riscontrino rigorosamente gli estremi da essa richiesti, e ciò tanto più, che nel caso concreto, a menomare la prova risultante dalla perizia del dottor Erba, erano state prodotte le contrarie dichiarazioni dei dottori Pignarro e Zanco, le quali, sebbene non rivestite dei requisiti voluti dalla legge, non poterono tuttavia nel dubbio non esercitare una qualche influenza sull'animo dei giudici.

In ordine alla seconda questione osserva la Corte, che se di fronte alle prenarrate risultanze della causa non credette il tribunale di Monza pronunciare senz'altro la nullità del matrimonio, non poteva nemmeno dietro le risultanze di una giudiziale perizia, che constatava l'impotenza al coito, e gli altri indizi che dalla medesima si avevano in causa, dimananti dalle stesse dichiarazioni del Colli, e dalla stragiudiziale perizia del dottor Brambilla, respingere senza altro la domanda della Ratti Elisa, nonchè le ulteriori prove instate dalla medesima colle deduzioni di altra perizia e di capitoli per testi, pronosticando *a priori* la impossibilità di avere da altri periti quelle maggiori spiegazioni tecniche e scientifiche che non riscontrò nella perizia del dottor Erba.

A scusare il tribunale di Monza di non aver ammessi detti incombenti di prova, non regge il motivo da esso pure addotto che la perizia sia stata instata, come da ordinarsi d'ufficio ed in via subordinatissima e colla condizione che la relativa spesa fosse anticipata dal Colli, perchè, come ben disse la Corte Suprema, era in facoltà del tribunale di ordinare e prescrivere da quale delle parti tale spesa doveva essere anticipata.

Coll'aver quindi il tribunale di Monza respinte le prove, come sovra si è detto, dedotte dalla Elisa Ratti, le quali tendevano appunto a portare quella maggiore luce in causa che esso non rinvenne nella perizia del dottor Erba, violò evidentemente il disposto dell'art. 1312 c. c. che autorizza chi deduce una prova, quando questa non è vietata dalla legge, e può servire per la sua rilevanza a fondare la domanda, tale prova deve essere ammessa.

Il capitolo di prova, pur dedotto dal Colli in via subordinata, si ravvisa dalla Corte inammissibile, perchè farebbe dipendere la risoluzione della questione dalla deposizione di un testimonio che per la parte presa nelle cose stesse non potrebbe fornire al giudice alcuna garanzia di credibilità, e perchè colla fatta deduzione si vorrebbe far ritorno a quei turpi esperimenti che, ammessi già dal diritto canonico, il patrio legislatore con-

---

della parte contraria v. la nostra nota a pag. 143 del 1899 (cap. IX) e la conforme pronunzia della Cassazione. Bene la Corte d'appello ha respinto il capitolo di prova testimoniale, già rigettato dalla Corte di Milano, e ciò non solo pel motivo addotto che « con siffatta deduzione si vorrebbe far ritorno a quei turpi esperimenti » già ammessi dal diritto canonico e banditi dal codice patrio, ma, e forse meglio, perchè la prova non avrebbe giovato affatto all'assunto del marito, non facendo la legge, ai fini della nullità del matrimonio, distinzione di sorta fra impotenza *assoluta* e *relativa* come già il diritto canonico che definiva la prima « quae reperitur in viro per ordinem ad quascumque mulieres aut in muliere per ordinem ad quoscumque viros » : e la seconda quella che esiste solo in riguardo ad una persona determinata (FERRARIS, *Bibl. can.*, v. *Impotentia*).

dannò e ripudiò assolutamente come contrari alla moralità e alla decenza.

P. q. m., **riforma, ecc.**

TORINO, 27 dicembre 1899 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Gratis — Alasia c. Smidth.

1. *Costituisce impedimento legittimo a comparire per rispondere ad un interrogatorio, il fatto dell'essere stata all'interrogando notificata l'ordinanza di fissazione del giorno in modo da non lasciargli tempo di recarsi davanti al giudice delegato.*

2. *Il mandato estinto pel fallimento del mandatario non risorge col semplice fatto della cessazione del fallimento* (1).

Senza scendere all'esame del quesito propostosi dal tribunale circa il valore della prova che la legge attribuisce all'ammissione tacita dei fatti dedotti che avviene per parte di chi non comparisce a rispondere, la Corte si è convinta come simile presunzione di acquiescenza non possa sussistere ed invocarsi ai danni della ditta Smidth, avendo dessa giustificato che un legittimo impedimento trattenne lontano il suo rappresentante.

Giova invero ricordare come avendo Angelo Alasia ottenuto dal giudice delegato fissato il giorno 29 agosto 1898 per ricevere le risposte agli interrogatori, solo il 29 di quel mese ne diede legalmente avviso alla ditta Smidth mediante notificazione in forma contumaciale eseguita alla porta esterna del tribunale.

Era dunque materialmente impossibile, non ostante l'uso della massima diligenza e sollecitudine, che Alexander Tox, che tiene la rappresentanza legale della ditta Smidth e che risiede in Copenaghen (Danimarca), ricevuta notizia dell'ordinanza, vi potesse obbedire, recandosi alla sede del tribunale di Torino nel giorno indicato.

La legge non determina la osservanza di un termine prestabilito nel suo minimo per la citazione od invito a rispondere ad una interpellazione, ma è di ragione comune che questo termine deve essere rispettato e concesso a seconda dei casi, avuto riguardo alla distanza che intercede dal luogo in cui si deve comparire personalmente a quello in cui si risiede. La fissazione di un termine troppo esiguo equivale a pretendere ciò che è umanamente impossibile, e si risolve quindi nella frapposizione di un impedimento insormontabile. Simili precetti vogliono essere osservati sempre, trattisi pure di contumace, per il quale se la legge ha stabilito norme speciali più speditive per le notificazioni degli atti di pura istruttoria, non ammette però relativamente al diritto di spiegare le proprie difese l'uso di forme singolari, che equivarrebbero alla privazione del diritto stesso.

Questo semplice motivo di fatto giustifica il concorso di un impedimento legittimo, epperò rende inapplicabile la severa sanzione di castigo che il codice di procedura minaccia al litigante negligente.

Sgombrata la causa dalle conseguenze della difesa preliminarmente avanzata da Alasia sull'invocazione della tacita confessione, tosto si persuade pure come sia stata legalmente incensurabile la decisione dei primi giudici in quanto licenziò senz'altro la pretesa di costui per ottenere un risarcimento di L. 50,000 per il ricevuto licenziamento.

La privazione del mandato per parte della ditta Smidth fu un fatto legittimo che non induce in lei responsabilità alcuna attorno alle possibili conseguenze dannevoli che ricaddero sul mandatario.

Sotto qualsiasi forma e modalità Alasia adempisse l'ufficio suo di rappresentante della Ditta di Copenaghen, egli eseguiva sempre un mandato commerciale, quel mandato che nella sua origine, nella sua estrinsecazione e nel suo cadere è regolato dalle norme generali raccolte nella Sezione I, capo 1.°, tit. XII del libro 1.° c. comm.

Tra queste norme improrogabili si riscontra quella dell'art. 365, che stabilisce come il mandato si estingua nei casi preveduti dal codice civile. Ed il cod. civ., all'art. 1757 espressamente proclama che il mandato si estingue fra gli altri casi per il fallimento del mandante o del mandatario. E la ragione della legge è evidente.

Il mandato è personale per eccellenza; venendo a mancare la capacità giuridica completa nel mandatario per effetto del fallimento, esso deve irremissibilmente cessare per forza di legge. Non può idearsi l'esplicazione di un mandato col quale si assume la rappresentanza di un terzo ed in suo nome si conchiudono contratti e si assumono obbligazioni, per parte di colui che è privo di capacità giuridica, e che non può per conseguenza disporre delle cose proprie, perchè il mandato genera obbligazioni tanto pel mandatario che per il mandante.

In caso di fallimento del mandatario lo scioglimento del mandato avviene quindi fulmineo per virtù di legge; e non trat-

---

(1) Riguardo agli effetti del fallimento del mandante, v. da ultimo, A. Bologna, 31 dicembre 1897, App. Firenze, 6 dicembre 1897 in questo *Filangieri*, 1898, 538, 128. Cfr. pure CONTUZZI, *Il contratto di mandato*, ecc., in *Filangieri*, 1893, 1, pag. 307 e seg.

tandosi di semplice interruzione, esso non può rivivere cessato lo stato di fallimento e conseguita la riabilitazione civile senza l'evento di un nuovo accordo acconsentito da entrambi i contraenti.

Ma alla ditta Smidth spettava per diritto di revocare di propria facoltà il mandato.

Il mandato, come si disse, è personale: in commercio le qualità, le attitudini della persona cui viene attribuito sono condizioni essenziali a cui ebbe mente il mandante e che ne provocarono la fiducia e quindi il consenso. Mutando le condizioni personali del mandatario per fatto dipendente da sua responsabilità, succede per parte sua la violazione dell'obbligazione principale assunta di rappresentare con utile e proficuo risultamento la casa preponente.

Così avvenne in rapporto ad Alasia, che, caduto in fallimento in deplorevoli condizioni economiche, palesò la propria imperizia a gerire gli affari di traffico commerciale. Risulta dal bilancio da lui presentato alla cancelleria del tribunale di Torino il 17 sett. 1897 come un debito complessivo di L. 42,458.46 gravasse la sua azienda, la quale offriva ai creditori un attivo di sole L. 19,458.68, apparendo evidentemente solo fittizie e non realizzabili le due partite di L. 10,000 e 12,000 notate alle voci di *avviamento* e di *privativa per apparecchi per conservare vini.*

Ma un altro motivo e ben più grave Alasia avrebbe dato alla Ditta preponente per perdere ogni fiducia in lui, e per aver ragione assoluta di dispensarlo dalla rappresentanza.

Il 16 sett. 1897, come risulta dalla lettera spedita alla ditta Smidth, Alasia annunciando a costei il suo crollo economico, la avvertiva che tuttavia avrebbe continuato il suo ufficio e la invitava a spedire a lui la corrispondenza per interposta persona onde sottrarla alle mani del curatore del suo fallimento.

Questo tentativo di rendere la Ditta di Copenaghen complice del doloso divisamento di defraudare i suoi creditori sarebbe stato causa sufficiente per autorizzare la revoca del mandato.

La risoluzione per tal modo data alla questione principale persuade come non esister possa in favore di Alasia ragione alcuna per pretendere la rifusione dei danni che si lagna avere patiti per la cessazione della rappresentanza, e dimostra come inutile, siccome inconcludente, si presenti l'inchiesta testimoniale sui fatti che formano il compendio delle deduzioni formulate da Alasia stesso per coonestare il suo contegno durante la procedura di fallimento; come altresì inutile si presenti il cimento della prova sopra i cinque capi di interrogatorio rivolti alla ditta Smidth, per accertare l'indole del mandato da essa concesso e da Alasia esplicato.

Qualunque sia stata la correttezza di Alasia durante il fallimento, comunque questo siasi chiuso con favorevole concordato e colla riabilitazione sua al commercio, qualunque sia stata l'indole del mandato ricevuto dalla ditta Smidth, questo è stato disciolto irrevocabilmente per opera di legge, e nessun diritto spettava al mandatario per pretenderne la ricostituzione contro la volontà del mandante.

Fosse anche Alasia a denominarsi, come egli accenna, un semplice rappresentante tecnico, non toglie che egli spiegasse un mandato commerciale per cui cercava la conclusione di affari colla Ditta preponente, ricevendo una provvigione misurata in quota percentuale sulla loro importanza.

P. q. m., conferma, ecc.

GENOVA, 20 ottobre 1899 — *Pres.* Gagliardi *Est.* Grillo — Fornara e Carlo c. Cuneo.

1. *L'appello non perde efficacia per la mancata comparizione sia dell'appellante che dell'appellato, potendo il primo riprendere il giudizio con nuova citazione.*

2. *L'azione pauliana è soggetta unicamente alla prescrizione trentennale* (1).

La II quistione da esaminare si è la ricevibilità o meno dell'appello Fornara. In proposito giova ricordare che il Fornara con atto 17 marzo u. s. propose appello avverso la sentenza notificata il 20 gennaio, e con atto 21 dello stesso mese di marzo rinnovò l'appello, forse perchè il primo non era stato consegnato in persona.

Nell'uno e nell'altro atto era stabilita la udienza del giorno 11 aprile u. s. Si noti che in detta udienza non comparve nè appellato, nè appellante.

Costui però con citazione 14 aprile detto chiamò l'appellato all'udienza del 24 stesso mese per la discussione del già interposto gravame. Ora l'appellato Carlo sostiene la irricevibilità dell'appello per la caducità dei due atti 17 e 21 marzo, non essendo l'appellante comparso all'udienza stabilita dell'11 aprile, e la tardività di quello 14 aprile.

La Corte non ravvisa fondata l'eccezione dell'appellato, essendo risaputo che la non comparizione in giudizio non importa inef-

(1) Dottrina e giurisprudenza sono pressochè unanimi in questo senso. Cfr. da ultimo SATTA, *Atti fraudolenti*, ecc. nella *Enciclopedia*, n. 162.

ficacia dell'atto di citazione: occorrendo interporre quei mezzi che la legge di rito prescrive per rimuovere l'effetto giuridico della citazione non seguìta da comparizione, giusta gli art. 380, 381, 390 e 489 c. p. c. Nella specie, non essendo comparsa alcuna delle parti, l'atto d'appello non ha perduto la sua efficacia, ed ha ripreso vigore coll'atto di citazione 14 aprile, avvertendosi che quest'ultimo non è atto d'appello, com'è piaciuto al Curlo di qualificarlo per rilevarne la tardività, ma citazione in ripresa dell'appello costituito dai due atti 17 e 21 marzo. Soltanto nei giudizi pretoriali la non comparizione, nè dell'attore, nè del convenuto all'udienza stabilita importa inefficacia e caducità dell'atto di citazione, giusta il preciso e tassativo dispósto dell'art. 440, che per ciò stesso non trova applicazione (*omissis*).

Una quinta quistione si presenta all'esame della Corte, ed è proposta eziandio dal Fornara, il quale oppone la prescrizione dell'art. 1300 c. c. all'azione revocatoria o pauliana istituita dal Curlo contro l'atto di costituzione d'ipoteca 12 giugno 1889.

Tale eccezione non è fondata in diritto essendo le azioni di nullità dell'art. 1300 c. c. ben diverse dall'azione pauliana o revocatoria, la quale è concessa ai creditori *iure proprio* (art. 1235) ed è soggetta alla prescrizione trentennale.

L'opinione solitaria di qualche scrittore francese di soggettare la pauliana alla prescrizione dell'art. 1304 c. Napol. e 1300 c. ital., è fondata sull'erroneo concetto di considerare la revocatoria come azione di nullità.

---

c) — TRIBUNALI.

REGGIO CALABRIA, 9 giugno 1900 — *Pres.* Porchio — *Est.* Comparetti — Meyer c. Amministrazione delle Poste.

Per l'art. 12 della legge 27 maggio 1875, i libretti della Cassa postale di risparmio sono insequestrabili, tanto in confronto ai loro intestatari, quanto agli eredi di costoro.

La insequestrabilità o meno dei libretti di risparmio non può dar luogo a disputa di sorta, essendo tale materia chiaramente regolata dal disposto dell'art. 12 della legge 27 maggio 1875. L'unica questione che forma obbietto della presente controversia si è di vedere, se il divieto della sequestrabilità dei libretti di risparmio debba intendersi in modo assoluto o relativo; o meglio se debba limitarsi nei rapporti dell'intestatario del libretto, ovvero può estendersi anche agli eredi dello stesso. Perchè la questione, in tali termini stabilita, abbia quella soluzione che risponda all'esatta interpretazione della legge, è necessario venir qui ricordando lo spirito informatore di essa e lo scopo per cui quella restrizione venne sancita. L'istituzione delle casse di risparmio postali fu creata nel fine di favorire il piccolo commercio, di attenuare le disuguaglianze sociali, incoraggiando i cittadini a quella graduale economia, che spesso è sorgente di una modesta ricchezza o generatrice del coefficiente indispensabile allo sviluppo delle industrie o all'incremento del commercio. Tale *mens legis* sarebbe venuta a mancare ove non fosse stata integrata in un sistema di garantìe le quali, derogando ora a principî generali di diritto, ora a dettami della legislazione civile, non fanno che riaffermare il concetto medesimo. La niuna richiesta nel depositante dei requisiti di capacità necessari per le contrattazioni civili; il rilascio gratuito del libretto con esenzione dal bollo a tenore dell'art. 21 § 29 del decreto legislativo 13 sett. 1874; il convertimento del credito a semplice domanda dell'intestatario del libretto in deposito volontario ai sensi della legge 17 maggio 1863, che regola le operazioni della Cassa dei depositi e prestitî, la facoltà dei rimborsi a vista del libretto, anche ai minori ed alle donne maritate; la fruttificazione e capitalizzazione anno per anno dell'interesse maturato sulle prime versate; la sottrazione dei libretti medesimi a sequestri, pignoramenti od altri vincoli, sono tutte disposizioni, che informano la legge e che traggono la loro ragione di essere nell'incoraggiamento del piccolo risparmio o nella sicurezza e nella libertà del movimento di esso. E se tale è l'unico fine, che il legislatore si propone; se si ebbe di mira un interesse d'indole tutta generale, produttivo di più benefici effetti, sia nei rapporti privati, sia nei riflessi della ricchezza nazionale, non si comprende come vorrebbe riscontrarsi nell'espresso divieto di esecuzioni forzate sui libretti di risparmio, anche la ragione di liberare da possibili incagli e complicazioni in conseguenza di tali esecuzioni, l'Amministrazione postale. Tornerebbe lo stesso che impoverire il concetto della legge, ove si ammettesse tale duplice intento, perocchè l'Amministrazione postale nel funzionamento della molteplicità dei suoi ingranaggi risponde ad un interesse importante della società e niun pensiero di inceppamento nelle attribuzioni alla stessa demandate avrebbe indotto il legislatore a sanzionare quel divieto, se un più elevato ordine di idee non lo avesse consigliato.

Il principio della insequestrabilità dei li-

bretti di risparmio, è assoluto e non subisce eccezioni. È consentita soltanto l'opposizione a rimborso nei casi di reclamo dei genitori e tutori incaricati rispettivamente, alle donne maritate od ai minori ed in quelli di controversia pei diritti a succedere, come si attinge dal combinato disposto degli art. 11 e 12 della legge e 37 a 40 del relativo regolamento 9 dic. 1875; ma non può da ciò inferirsi, che la insequestrabilità sia un privilegio sancito per i depositanti o intestatari dei libretti e non pure per i loro eredi. Se s'intese sottrarre l'intestatario a qualsiasi molestia per favorire il piccolo risparmio lo stesso motivo concorre a favore degli eredi del depositante, perchè essi per diritti di successione rappresentano la stessa persona del *de cuius*. Nè induce a ritenere diversamente il fatto, che i diritti vantati dagli eredi sulle somme depositate derivano da ragioni ereditarie e non da risparmio da essi accumulato, perchè si verrebbe in tal modo a stabilire un criterio di distinzione veramente arbitrario, che non trova riscontro nella parola della legge, nè lo spirito di essa autorizza.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

25 agosto 1900 — *Pres.* Croce — *Rel.* Benedetti = Lomolino.

È ammissibile la compensazione fra le ingiurie anche se non siano tutte querelate (1).

In tema d'ingiurie di cui negli art. 395 e 396 del cod. pen. la legge distingue nell'art. 397 due casi: se l'offeso sia stato la causa determinante ed ingiusta del fatto, e se le offese sieno reciproche; e mentre nel primo caso statuisce che la pena sia diminuita da uno a due terzi, nel secondo invece dispone che il giudice può, secondo le circostanze, dichiarare esenti da pena le parti, o una di esse.

Secondo le norme che regolano i giudizi penali, l'imputato che intende giovarsi di una causa che diminuisce od esclude l'imputazione, non deve far altro che proporla nel relativo dibattimento, non essendo stabilita per la difesa alcuna forma o modalità, d'onde il diritto dell'imputato o accusato di proporre le sue difese all'udienza e di aver per ultimo la parola (art. 281 c. p. p.) e l'obbligo nel cancelliere di annunciare nel verbale del dibattimento a pena di nullità le sue conclusioni, oltre quelle delle altre parti (art. 316 p. p.). Quando si è nel caso dell'art. 397 c. p. l'imputato, opponendo al querelante la reciprocanza delle ingiurie, e non monta se in forma di compensazione o di ritorsione, propone una semplice difesa che ha l'unico e solo scopo di esimersi dalla pena, come avviene quando deduce che il querelante fu la causa determinante ed ingiusta del fatto per chieder una diminuzione di pena. Trattandosi di una difesa non può dirsi che sia necessaria la querela dell'imputato, per essere proposta, senza aggiungersi una condizione o restrizione che non è nella legge.

L'art. 397 dispone, egli è vero, che se le ingiurie sono reciproche il giudice può dichiarare esenti da pena le parti o l'una di esse. Ma la legge prevedendo il caso che siasi fatta querela dall'una parte e dall'altra, non intese con ciò dire che la querela sia necessaria all'imputato per proporre la compensazione nel caso che siasi fatta querela da una sola delle parti, perchè se occorre quest'atto per dimandare la punizione del proprio offensore, non è necessario certamente per difendersi da una consimile imputazione, essendo ben nota che con la difesa nulla si dimanda contro il proprio avversario. Mal si avvisa perciò il ricorrente Pubblico Ministero quando pretende che la compensazione non sia possibile per le reciproche ingiurie senza subordinare il diritto di opporre la compensazione ad una condizione che la legge richiede per la sola punizione, ma costringe l'imputato ad esercitare un'a-

(1) In senso difforme, da ultimo, Cass. 20 aprile 1898 in questo *Filangieri*, 1898, 793, cogli autori e la giurisprudenza citati in nota.

zione che gl'impone degli obblighi, anche nel caso che non voglia o che non la reputi conveniente per la tutela del suo onore e della sua riputazione. D'altronde se fosse vero e giuridico un tale assunto, il diritto dell'imputato di dedurre la compensazione per le reciproche ingiurie sarebbe, può dirsi, in balia dell'avversario, il quale, querelandosi d'ingiurie nell'ultimo giorno del termine stabilito per la prescrizione, renderebbe impossibile all'imputato il diritto di opporre la compensazione per esimersi dalla pena.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

22 giugno 1900 — *Pres.* e *Rel.* Canonico = Conflitto in causa Agostino.

1. *Le cambiali sono equiparate agli atti pubblici agli effetti penali, ma, quanto all'essenza loro, si devono considerare scritture private* (1).

2. *La falsificazione di una cambiale non è perfetta se non coll'uso, il luogo del quale determina la competenza* (2).

Il Procuratore Generale:

Letti gli atti a carico di Agostino Carlo Vittorio, imputato di furto qualificato, falso in più cambiali e diverse truffe (articoli 404 n. 1, 284, 278, 413 c. p.);

Con ordinanza 23 dic. 1899 la Camera di consiglio del tribunale di Genova, ritenendo come il falso nelle cambiali fosse stato consumato in Italia, dichiarò la propria incompetenza e trasmise gli atti al tribunale di Pallanza.

La Camera di consiglio di detto tribunale, con pronunciato 31 maggio 1900, dichiarò a sua volta la propria incompetenza, in quanto ebbe ad affermare come il reato di falso nelle cambiali fu compiuto nel luogo stesso ove queste vennero falsificate.

Non è a porre in dubbio come pel citato art. 284 c. p., le cambiali sieno completamente parificate agli atti pubblici. Nè vale il dire, come erroneamente si afferma, che siffatta parificazione si abbia solo da considerare agli effetti della pena, dappoichè se tale principio fosse davvero esatto, nella semplice punibilità di un reato dovrebbe necessariamente risiedere l'essenza stessa di esso, il che contraddirebbe a tutti quei sani criteri che informano il giure penale, e pei quali solo si è voluto nella pena ravvisare i giusti limiti per regolare la competenza e non altro.

Se invece si pon mente all'intrinseca natura della cambiale, che per sè stessa quale titolo commerciale ha bisogno di una pronta esecuzione, e di facilitare per quanto è possibile l'uso di esse nel giro del commercio. si scorgerebbe di leggieri la ragione vera per cui la legge ha voluto che siffatti titoli fossero nella loro essenza equiparati ad atti pubblici, assegnando loro, come per questi, quella maggiore garanzia che la legge ha previsto coll' aumento di pena rispetto a quella stabilita per il falso in scrittura privata.

Ammesso siffatto principio, è fuori dubbio come il reato di falso nelle cambiali si abbia a ritenere compiuto nella stessa guisa che per gli atti pubblici nel luogo stesso ove la falsità si è consumata, e non in quello dove si è fatto uso del falso documento. Nella specie, essendosi il reato di falso perpetrato in Genova, ed essendo questo il maggiore dei reati, fa uopo riconoscere in quel magistrato la competenza a giudicare di tutti gli addebiti ascritti ad esso imputato.

Visto l'art. 14 e segg. c. p. p., chiede che la Corte di cassazione, risolvendo il conflitto, dichiari competente a giudicare la causa di che trattasi il tribunale di Genova; ed annullando in conseguenza l'ordinanza del predetto tribunale pronunziata il 23 dic. 1899 in Camera di consiglio, ordini trasmettersi gli atti al Procuratore del Re pel corso ulteriore di giustizia.

Marsilio, S. P. G.

La Corte:

L'art. 284 c. p. equipara le cambiali agli atti pubblici per l'applicazione delle disposizioni degli articoli precedenti, cioè (come spiega la relazione del ministro Zanardelli) per *gli effetti penali;* quindi entro questi limiti soltanto la cambiale, che per sè non è un atto pubblico, viene equiparata all'atto pubblico.

È bensì vero che per l'art. 280 è solamente quando si tratta di scrittura privata, che il reato di falso non si ritiene consumato se non al momento in cui della falsa scrittura, si faccia uso, e che da ciò potrebbe, a primo aspetto, parere non essere questo principio applicabile alla cambiale, come quella che dalla legge è considerata non come scrittura, ma come atto pubblico.

Però è da ritenere che, a differenza dell'atto pubblico vero e proprio (il quale è perfetto dal momento che è ricevuto con le richieste formalità dal pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli la pubblica fede), la cambiale non si può dire perfetta finchè non se ne fa uso; essendo evidente che può venir distrutta o surrogata con altra; che finchè essa non è in corso, nessun danno

(1-2) V. in senso difforme Cass. 23 maggio 1899 in questo *Filangieri*, 1900, 714, col richiamo.

(neppure potenziale) ne può derivare; e che, per altra parte, chi l'ha formata, non essendo pubblico ufficiale, non si può dire che sia dal suo operato diminuita quella pubblica fiducia, onde solamente il pubblico ufficiale è circondato per gli atti che è autorizzato a ricevere. Allora soltanto la cambiale diventa un atto perfetto quando se ne fa uso, perchè allora soltanto appare manifesta la volontà di alterare il vero con danno altrui, ed è perciò che da quel momento soltanto essa deve ritenersi equiparata all'atto pubblico, e che ove sia falsa l'autore di essa è punibile al pari dell'autore di un falso atto pubblico.

Non è quindi che si debba applicare alle cambiali equiparate dalla legge agli atti pubblici il disposto dell'art. 280, relativo alle sole scritture private, ciò che sarebbe una palese contraddizione; egli è che sino a quando non si fa uso della cambiale falsa o falsificata, la cambiale stessa (giuridicamente) non è in realtà nè atto pubblico nè una scrittura privata: essa non è che il mezzo preparatorio di un reato, il quale mezzo se non si adopera, non può far soggiacere chi l'ha preparato ad alcuna pena, ma se invece se ne fa uso, è da quel momento soltanto che il medesimo assume esistenza e carattere di un atto falso, equiparato al falso atto pubblico e che gli autori o cooperatori di quel falso diventano punibili come colpevoli di falso in atto pubblico.

Per conseguenza, nel caso presente la cambiale falsa, preparata nel circondario di Genova, non era colà se non il mezzo preparatorio del reato, ma essendosene fatto uso ad Intra, nel circondario di Pallanza, è quivi solo che essa divenne giuridicamente esistente, ed è quindi ivi solo che si consumò il reato di falso in cambiale, equiparato a falso in atto pubblico.

In base a queste considerazioni, risolvendo il conflitto, la Corte dichiara competente a giudicare la causa che si tratta il tribunale di Pallanza, annulla perciò l'ordinanza della Cam. di consiglio di quel tribunale 31 maggio 1900, ed ordina la trasmissione degli atti al Procuratore del Re pel corso ulteriore di giustizia.

—

15 giugno 1900 — *Pres.* e *Rel.* Scalfaro — Confalonieri.

1. *L'obbligo della denunzia degli infortuni di cui alla legge 17 marzo 1898 non concerne le lesioni che producano conseguenze non eccedenti i cinque giorni* (1).

2. *In caso che si protragga oltre i cinque giorni una incapacità che il sanitario avesse erroneamente giudicata di non oltre cinque giorni, il termine per la denunzia decorre dal quinto giorno dal fatto.*

Confalonieri Marsilio ricorre per cassazione contro la sentenza del pretore urbano di Bologna del 10 aprile 1900, con la quale fu condannato a L. 42 come contravventore all'art. 25 della legge 17 marzo 1898 sugli infortuni del lavoro, per tardiva denunzia dell'infortunio toccato ad un operaio e che fu giudicato apportare impedimento al lavoro per giorni sette. Sostiene che la denunzia fu fatta in termine, e che, se vi fosse stata responsabilità, doveva farsi ricadere sopra altri, e non già sopra esso ricorrente.

Per potersi ritenere il caso di infortunio sul lavoro, occorre che l'operaio riporti tali lesioni da impedirgli il lavoro almeno per oltre cinque giorni (arg. dall'art. 4 della legge 17 marzo 1898, posta a riscontro la suddetta disposizione con l'altro art. 25 di detta legge, per l'obbligo della denuncia).

Ora è evidente che, meno i casi gravi, pei quali *a priori* può ritenersi l'impedimento oltre i cinque giorni, per lesioni lievi, sulle quali può sorgere il dubbio se l'impedimento al lavoro può cessare infra i cinque giorni, la denunzia stessa dovrà farsi o in due giorni successivi al quinto in cui si verificò l'infortunio, o nei due giorni dal giudizio emesso dal perito sanitario.

Ora, nel caso in esame, il fatto avvenne il giorno 22, il perito emise il suo giudizio il 25, col quale affermò che l'impedimento al lavoro sarebbe durato giorni sette, ed il ricorrente, in vista di tal giudizio, nel giorno successivo 26, si affrettò a fare la denuncia.

Se dunque la denuncia fu fatta prima che decorressero i due giorni, dopo il giudizio del medico, ed i cinque d'impedimento al lavoro, per ritenersi infortunio, mal si avvisò il pretore a ritenere in contravvenzione alla legge il ricorrente per tardiva denuncia e l'impugnata sentenza dev'essere cassata senza rinvio, perchè il fatto attribuito al ricorrente medesimo non costituisce reato, tanto più che nei primi due giorni, dopo successo il fatto, l'operaio non ne fece parola e continuò il lavoro.

P. q. m., cassa, ecc.

—

(1) Cfr., da ultimo, Cass. 13 novembre 1899 in *Filangieri*, 1900, 222.

10 maggio 1900 — *Pres.* Canonico — *Rel.* Lucchini = Massa Mattia.

1. *La multa per ritardi ferroviari ha carattere di vera e propria* pena *applicabile al direttore dell'azienda per responsabilità propria e non in base all'art. 60 c. p.* (1).

2. *Conseguentemente è sempre contro il direttore in carica al momento del fatto, che deve promuoversi e proseguirsi il processo, quantunque al tempo di questo egli abbia cessato dalla carica* (2).

Massa Mattia, nella sua qualità di allora direttore generale della Società italiana per l'esercizio delle ferrovie rete mediterranea, era imputato di tre distinte contravvenzioni agli art. 60 c. p., 5, 42, 58, 61 regolamento sulla polizia e regolarità delle strade ferrate, approvato con R. D. 31 ottobre 1873, per l'arrivo in ritardo a Firenze, in febbraio e agosto 1897, di tre treni provenienti da Livorno

Il pretore urbano di Firenze, procedendo con unico giudizio nell'udienza 27 dicembre 1898, respingeva con sua ordinanza l'eccezione d'incompetenza dedotta dalla difesa, che sosteneva mancare nel fatto il carattere di azione penalmente perseguibile, sospendendo però la discussione della causa in considerazione della protesta d'appello opposta dall'imputato.

Essendosi però dichiarato dal tribunale irricevibile l'appello interposto contro una pronunzia interlocutoria, e rinunziato dall'imputato al ricorso interposto contro tale decisione, il pretore, cui era stata nuovamente rinviata la causa, ne giudicava in merito, nella contumacia dell'imputato accertata con ordinanza, condannandolo in conformità all'imputazione.

Il tribunale di Firenze, con la sentenza impugnata, respingendo ogni eccezione dedotta in appello sia contro le due ordinanze interlocutorie, sia contro la sentenza, non faceva che confermare quest'ultima, dichiarando soltanto estinta per l'amnistia del 3 marzo 1898 la prima contravvenzione.

Sui mezzi del ricorso:

1.º violazione degli art. 5, 42, 58 regolamento 31 ott. 1873, ritenendo d'indole penale disposizioni e sanzioni che sono meramente d'indole contrattuale e civile;

2.º violazione degli stessi articoli del detto regolamento, per aver l'imputato cessato di rappresentare la Società ferroviaria prima della sentenza di condanna;

3.º stesse violazioni del medesimo regolamento e violazione dell'art. 60 c. p. e del principio *peccata suos tenant auctores*, ed eccesso di potere per fatti attribuiti al Massa non risultanti in processo;

4.º violazione dell'art. 45 c. p. in relazione con gli art. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 disp. prel. c. c., per difetto di elemento morale nel contravventore;

5.º violazione dei diritti della difesa ed eccesso di potere, per essersi alterati in corso di procedimento i termini e confini in cui era stata posta l'imputazione;

6.º violazione dell'art. 323, n. 3, c. p. p. e conseguente nullità della sentenza, per essere i motivi della medesima nient'altro che una riproduzione di quelli di altra sentenza di pari data, per la contraddizione di desumere la responsabilità del Massa dalla legge speciale e dall'art. 60 c. p. e per non aver discusso i mezzi 2.º e 3.º d'appello.

A prescindere pure dalla legge 21 dicembre 1899, venuta non tanto a dare interpretazione autentica, che mal si addirebbe rispetto alle disposizioni di un regolamento, quanto a rimuovere con un testo legislativo quello che parve errore della giurisprudenza nell'applicare le disposizioni del regolamento 31 ott. 1873, sembra alla Corte Suprema, ritornando anch'essa sui propri passi, che da quelle medesime disposizioni si possa e debba desumere il carattere essenzialmente penale inerente alle sanzioni ivi comminate negli articoli 42 e 58.

Infatti, riassumendo brevemente la discussione in argomento, non solo emergono chiaramente ed espressamente d'indole penale nel loro complesso, e fatta eccezione di quelle dell'art. 59, le sanzioni penali comminate nel titolo VII del regolamento, ma tal carattere viene tassativamente precisato nell'art. 317 della legge 20 marzo 1865 sui LL. PP. in forza del quale si è compilato ed emanato il regolamento medesimo per la « polizia, la sicurezza e la regolarità dell'esercizio delle ferrovie pubbliche », con facoltà di « comminare pene di polizia (come allora si diceva) o multe (quali dovevano allora qualificarsi le pene pecuniarie eccedenti le L. 50) sino alla somma di L. 1000 » — limite appunto seguito e rispettato dal regolamento — soggiungendo che « le contravvenzioni al medesimo saranno accertate nelle forme prescritte agli articoli precedenti », contravvenzioni cioè e forme d'indubbio carattere penale.

A nulla approda in contrario qualsiasi disposizione intorno all'indole contrattuale

(1-2) Cons. in arg. stessa Corte, 29 dicembre 1897, in questo *Filangieri*, 1898, 146 coi richiami sulla questione, ora risolta dalla legge 21 dicembre 1899, n. 446. Cfr. la pregevole monografia del SERREGONDI, *Ferrovie*, nella *Enc. giur.*, p. 1225, e per la competenza, p. 1243.

e civile dell'opera, dell'istituzione, dell'esercizio, dell'orario e di quanto altro si attiene alle ferrovie e della responsabilità sancita nell'art. 290 della predetta legge per danni procedenti da inosservanza di condizioni o statuti e regolamenti propri, poichè tutto ciò non esclude che sieno comminate vere e proprie pene, di cui d'altronde sono profusi e la legge e il regolamento predetti, per fatti della specie in esame, che cioè possono importare un vero e non lieve pregiudizio pubblico, non solo per interessi patrimoniali e personali, ma eziandio nei riguardi della generale sicurezza e incolumità, e di cui è cenno in quella medesima disposizione (art. 282), nella quale il legislatore, appunto per l'importanza degli orari delle corse, riservò allo Stato l'imperio; nè abbia valore l'obbiettata ipotesi dell'esercizio di Stato, nel qual caso naturalmente è lo Stato medesimo che provvede a ciò che per proprio diretto ufficio deve tutelare.

Non vale opporre quanto dispongono l'articolo 5 del precitato regolamento, con lo stabilire la responsabilità della Società « verso il Governo », e l'art. 93 del capitolato approvato con la legge 27 aprile 1885, che dichiarava applicabili all'esercizio della rete mediterranea tutte le prescrizioni, comprese le pene pecuniarie per i ritardi dei treni, dappoichè l'una è d'indole generale ed evidentemente si riferisce a quanto abbia carattere contrattuale, senza togliere efficacia alle disposizioni penali, delle quali non è sola quella sui ritardi dei treni, e l'altra non può intendersi se non come una conferma, ove pur ve ne fosse d'uopo, del pieno vigore, che non si poteva non riconoscere, delle disposizioni contenute nel regolamento del 1873.

Non meno infondate sono le altre obiezioni accampate circa la tolleranza ammessa per i ritardi e circa la facoltà di compensare l'ammontare delle multe, trattandosi nient'altro che di condizioni per la sussistenza del reato o di modalità per l'esecuzione della condanna; come pure, per quanto concerne la difficoltà della prova, che, fosse pur vera, non potrebbe escludere l'incriminabilità del fatto, ma che poi scomparisce di fronte alla responsabilità propria e certa di chi ha la rappresentanza della Società e la direzione dell'esercizio e di cui ora sarà detto.

Al contrario, suffraga tale interpretazione dell'art. 58 il tenore espresso dei seguenti art. 59 e 60, per cui emerge chiaro come le sanzioni comminate nel primo, al contrario di quelle comminate nel 58, siano veramente d'indole amministrativa, come lo sono realmente i fatti per cui devono applicarsi, consistenti in infrazioni « per parte delle *Direzioni generali* », per le quali, soggiunge l'art. 60, e per esse sole, « le Società incorreranno nelle multe comminate », e per accertare le quali, soggiunge lo stesso articolo — derogando con ciò a quanto dispone il capoverso dell'art. 317 della legge sulle opere pubbliche — basterà il verbale redatto dagli impiegati del Commissariato, ora Ispettorato.

Prescindendo qui pure dalla recente legge in materia, devesi anche a tenore del regolamento dell'anno 1873, posto in relazione con la legge del 1865 e coi principî generali, ritenersi la responsabilità diretta e personale di chi abbia la vera ed effettiva direzione dell'esercizio della rete sulla linea della quale siasi verificato il ritardo.

Infatti, in via generale e per gl'intenti cui s'ispirano la legge e il regolamento, si deve ritenere e presumere come il buon andamento di tutto il servizio ferroviario dipenda dall'opera organizzatrice e direttiva di chi vi sovrasta e ne accentra le discipline ed i poteri; e si debba quindi, non per una finzione antigiuridica e inammissibile in materia penale, ma per una legittima presunzione che si fonda sulla realtà delle cose e dei rapporti e si giustifica da ragioni di scelta del personale e del materiale, o di organismo delle discipline interne, o di vigilanza, far risalire la responsabilità, sempre a solo titolo contravvenzionale, di mancanze concernenti il servizio e interessanti l'ordine pubblico, sgombrando così il terreno da ogni questione di prova, a chi si trovi alla testa dell'azienda ferroviaria, salvo poi da parte sua agire disciplinarmente, quando ne fosse il caso, verso i suoi subordinati e agenti per fatti d'imperizia o di negligenza, che possono pur essere soltanto valutabili in via amministrativa.

Ciò trova pure conferma negli art. 62 e 63 del regolamento, i quali deferiscono alle Società ferroviarie il còmpito di punire disciplinarmente, sottraendoli quindi a sanzioni e giudizî, di quasi impossibile attuazione, gli impiegati e agenti che manchino all'adempimento dei loro doveri (art. 62), con obbligo di tenere apposito registro all'uopo quando si tratti di accidenti o di « qualsiasi inconveniente che interessi la sicurezza e la regolarità dell'esercizio » e con divieto di riassumere in servizio un impiegato o agente definitivamente rimosso (art. 63).

Certamente non si può in via assoluta e ineccepibile stabilirsi codesta responsabilità, dipendente da una presunzione legale che accompagna la designazione resa ancora più esplicita mercè la legge testè sancita in argomento, senza venir meno ai principî più elementari e fondamentali del diritto penale.

onde lo stesso art. 42 del regolamento fa salve le cause di forza maggiore; ma oltre a non essere stata dedotta dalla difesa alcuna eccezione valida e concreta, la medesima sentenza impugnata fa risaltare, benchè a esuberanza, a conferma della suaccennata presunzione, come e perchè dovesse chiamarsi il direttore generale a rispondere direttamente dei ritardi incriminati, avendo accertato che i medesimi provenivano dalla cattiva condotta del personale e « sopratutto dalla cattiva qualità del carbone », d'onde la poca pressione del vapore, e così una vera ragione di colpa e di responsabilità in chi è preposto all'azienda.

La responsabilità del ricorrente non essendo fittizia e fondata sulla sua preesistente qualità di rappresentante legale della Società, ma reale e personale, è fondata sulle funzioni di capo supremo dell'azienda ferroviaria, e quindi, riassumendo in sè tutto il complesso del servizio ferroviario, responsabile di quanto avvenga nel medesimo.

Cessando pur tale ufficio successivamente, come nel caso concreto, ai fatti imputati, non può venir meno la sua responsabilità per i fatti medesimi.

Affatto fuor di luogo si è richiamato l'articolo 60, parte I del codice penale, il quale concerne una responsabilità del tutto complementare, quella della persona sovrastante per il fatto della subordinata, mentre quasi trattasi di una responsabilità derivante dal fatto proprio, in cui la persona subordinata non figura, al cospetto della legge e del giudice, se non come semplice esecutore materiale.

Però è codesta un'esuberanza, che non toglie, nè vizia l'essenza dell'imputazione e della condanna, risultanti dall'applicazione degli articoli 42 e 58 del regolamento ferroviario, e l'art. 60 c. p. non essendo che una disposizione generale, che non altera e modifica la specialità dell'imputazione.

Innanzi tutto si deduce un'eccezione di cui non è traccia nel giudizio di merito, e d'altronde in materia di contravvenzioni non ispetta al giudice accertare il concorso dell'elemento morale, che, giusta lo stesso invocato art. 45 c. p., si presume.

Non regge quanto rilevasi col *I° mezzo*, reso più perspicuo da un corrispondente mezzo d'appello, dappoichè non venne in alcun modo alterato il capo d'imputazione, non solo nei fatti e nel titolo, su di che non si contesta, ed è l'essenziale, ma neanco nella persona dell'imputato, che anche senza la designazione della qualità di direttore generale della rete, che si asseriva cessata, rimaneva sempre identificata nella stessa ineccepibile persona di Mattia Massa, chiamato sempre personalmente, come si è veduto, a rispondere delle contravvenzioni in disputa, e nelle disposizioni di legge delle quali si chiedeva l'applicazione, rimaste sempre quelle suindicate del regolamento del 1873, alle quali venne aggiunta quella, già spiegata non altro che superflua, dell'articolo 60 c. p.

Infondato è pure il *VI e ultimo mezzo*, poichè niun vizio o difetto di motivazione può attribuirsi alla ben elaborata sentenza in esame, vuoi per l'identità dei ragionamenti giuridici riprodotti in un'altra sentenza di pari data contro lo stesso imputato e per consimili imputazioni, non potendo certamente esigere che, essendo identici i motivi, il magistrato perda il suo tempo a ricercare diversità di forma; vuoi rispetto agli accennati mezzi d'appello, che trovarono nella sentenza la più esauriente e congrua discussione, vuoi nei riguardi delle disposizioni del codice e del regolamento congiuntamente applicate, che, siccome venne già avvertito, non portano a contradizione, ma soltanto a superfluità, rimanendo in ogni caso ben assodata la responsabilità ai termini del regolamento.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

23 marzo 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Manduca = Ferrero.

Soltanto il giudice civile nella sentenza omologatrice del concordato può accordare i benefici di legge al fallito imputato di bancarotta semplice, in difetto di che il magistrato penale deve procedere (1).

Il tribunale di Genova dichiarava il fallimento della ditta Ferrero e Carrara; lo stesso tribunale, con sentenza 18 genn. 1898, omologava il concluso concordato, respingendo la loro istanza in base all'art. 839, ritenendo non essere risultato dagli atti alcun elemento per considerarli meritevoli di speciali riguardi.

Venivano accusati di bancarotta semplice in Genova, per avere fatte spese eccessive di famiglia, operazioni rovinose per ritardare il fallimento, e non avere fatto apporre il visto annuale al libro giornale, articoli 856 nn. 1 e 3, 857 n. 1 c. comm.

Il tribunale di Genova li dichiarava colpevoli del solo reato previsto e punito dal-

(1) Cfr. De Giuli, *Fallimento* (mat. pen.) nella *Encicl. giuridica*, cap. sull'*Azione penale in bancarotta*, p. 474 e segg.

l'art. 857 n. 1, e li condannava alla detenzione per giorni 25.

Proposto appello, venivano dalla Corte di Genova assoluti per inesistenza di reato.

Sul ricorso del P. M. questo Supremo Collegio accogliendolo annullava la sentenza, rinviando la causa per nuovo esame alla Corte di Torino, la quale confermava la sentenza 8 febb. 1899 del tribunale di Genova.

Ricorre il solo Ferrero, deduce: Violazione degli art. 323 n. 3 c. p. p. e 857 c. comm. Assume che, avendolo il tribunale di Genova dichiarato colpevole del solo reato previsto e punito dall'art. 857 n. 1, la Corte poteva, anzi doveva applicare il beneficio di legge, art. 839 c. comm.

Il ricorso non è fondato.

La Corte di Torino non merita dal Supremo Collegio censura alcuna. Motiva sotto tutti i profili la sentenza.

In quanto all'assunto che la Corte doveva applicare l'art. 839 c. comm., si osserva che non vi sta un proprio motivo di ricorso, della violazione cioè dell'art. 839 c. comm., ma è una osservazione qualunque del ricorrente. Il motivo è la violazione degli art. 323 n. 3 c. p. p. ed 857 c. comm. Avendo la Corte bene motivata la sentenza, non era nel dovere di motivare sopra una pura osservazione. Per l' art. 659 il ricorrente bisogna che nel ricorso indichi con precisione le formalità omesse e gli articoli della legge violati; la giurisprudenza è concorde che un ricorso senza l'indicazione degli articoli violati è inammissibile.

La Corte pure motivò sull'assunto del ricorrente osservando:

« Le disposizioni poi degli art. 839, 861 non avendo effetto retroattivo, perciò dopo la omologazione pura e semplice del concordato, siccome avvenne nel caso attuale, non si potrebbe eccitare ulteriormente la giurisdizione del tribunale civile per ottenere le dichiarazioni benigne di cui nei suddetti articoli, e tanto meno poi la giurisdizione del tribunale penale chiamato a giudicare in nuova sede della bancarotta semplice; poichè, non revocandosi la sentenza dichiarativa di fallimento, ha vita sempre e deve proseguirsi il procedimento per la bancarotta colle conseguenze come sopra si legge ».

Il concetto della Corte è corretto in diritto. Il giudice civile è libero nell'apprezzamento di quegli elementi che possono costituire la scusabilità del fallito e possono farlo ritenere meritevole di ciò che la legge chiama *speciale riguardo*, e che ha per fine la cessazione dell'azione penale. L'apprezzamento di ciò che può dirsi dar vita allo speciale riguardo verso il fallito è cosa tutta affatto soggettiva, abbandonata intieramente alla coscienza del tribunale civile. L'art. 839 c. comm. abbandona all'apprezzamento insindacabile, alla coscienza del tribunale, la decisione del favore da accordarsi al fallito. L'art. 839 c. comm. autorizza il giudice civile a concedere al fallito concordatario i benefici di cui ivi è parola, solamente nel caso che egli *si mostri* dalle circostanze del fallimento e dalle condizioni del concordato meritevole di speciale riguardo.

Tali concetti importano che, spinta per quanto si voglia la tanto vantata teorica della divisione ed indipendenza dell'azione civile e dell'azione penale e delle due diverse istruttorie nel fallimento, non si possa arrivare a tale punto, da affermare la competenza del magistrato penale a sospendere o cessare dal procedimento penale contro il fallito, giudicando che al fallito possano essere concessi i benefici dell'art. 839 c. comm., quando il tribunale civile non li accorda.

Il Supremo Collegio non lo crede per la diversa finalità giuridica delle due giurisdizioni. La Corte quindi, in tale questione delicata di diritto commerciale, non merita censura.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

6 marzo 1900 — *Pres.* Capaldo — *Rel.* Croce = Massarella.

1. *A costituire il delitto di ragion fattasi non è necessario che abbiano preceduto contestazioni fra le parti, quando colui che agì dimostrò col fatto di voler esercitare un diritto* (1).

2. *Il giudice d'appello, anche su ricorso del solo imputato, può modificare il titolo d'imputazione purchè non aumenti la pena* (2).

Il Massarella era stato condannato dal pretore di Fondi, su querela di Salvatore Grassi, a L. 416 di multa per esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ma in appello il tribunale di Cassino lo assolse per inesistenza di reato.

Il Grassi, per irrigare un suo terreno, aveva costrutto nel prossimo corso d'acqua una diga, la quale poi nottetempo venne distrutta o rimossa dal Massarella, coltivatore di fondo inferiore, in modo che le acque

---

(1) In senso difforme, ma a torto, secondo il nostro modo di vedere, Cass. 11 agosto 1896 in questo *Filangieri*, 1897, 871. Nella nota a quella sentenza abbiamo riferita la dottrina e la giurisprudenza sulla questione che è ampiamente discussa dallo Stoppato, *L'esercizio arbitrario*, ecc., pag. 165.

(2) Cfr., da ultimo, Cass. 29 gennaio 1900 in *Filangieri*, 1900, 393, col richiamo.

deduivano per l'irrigazione tutte in quello, rimanendo all'asciutto il fondo superiore di Grassi. Pare che la costruzione di simili dighe fosse conforme alle consuetudini del luogo, la quale ammetteva inoltre che il fondo inferiore non potesse giovarsi dell'acqua se non dopo che, a norma di legge, se ne era giovato il superiore.

Il tribunale di Cassino ritenne che mancasse all'operato di Massarella l'animo di esercitare un preteso diritto perchè non constava che per quelle dighe esistesse contestazione di sorta fra querelante e querelato, nè poteva dirsi che Massarella avesse sostituito il proprio fatto all'opera della giustizia, perchè non avendo diritto su quell'acqua non poteva ricorrere ai magistrati per farselo riconoscere e mantenere. Conchiuse adunque che mancavano due estremi essenziali della ragion fattasi, soggiunse poi che forse poteva trattarsi invece d'usurpazione, ma che essendo questo reato più grave, la relativa pena diventa inapplicabile, onde non deteriorare la condizione dell'imputato che era il solo appellante.

Il P. M. ricorre avverso questa sentenza del 21 dic. 1899 con due mezzi.

Le doglianze del P. M. sono appieno fondate. Erroneamente ha supposto il tribunale che Massarella non intendesse colla rottura della diga esercitare un preteso diritto per la ragione che precedenti contestazioni non risultavano fra lui ed il Grassi. Simile condizione non è punto necessaria, bastando il fatto stesso a dimostrare che colla violenta rimozione della diga si intendeva esercitare il diritto di irrigazione a preferenza di chi l'aveva costruita.

Questo diritto doveva farsi valere per giustizia, non col fatto proprio violento, e la ragione della giuridica contestazione poteva anche sorgere dalla consuetudine locale circa i metodi d'irrigazione. Massarella volle farsi giudice violentemente del suo preteso buon diritto, ed in ciò sta il delitto d'esercizio arbitrario, al quale proposito è strana l'argomentazione della sentenza che non potesse darsi esercizio arbitrario perchè Massarella non aveva diritto, ma non occorre la sussistenza del diritto, bensì la pretesa in base alla lettera stessa dell'art. 235 c. p.

Erronea pure è l'altra considerazione sul mutamento eventuale del titolo di reato che il tribunale si disse impotente a fare per non aggravare la condizione dell'imputato che era il solo appellante, i giudici d'appello possono e debbono definire i reati secondo la loro giuridica indole o natura, purchè non aumentino la pena, in difetto d'appello del P. M. Tutto ciò è ammesso costantemente in giurisprudenza coerentemente all'art. 364 c. p. p., che altro divieto non pone che quello sopra accennato, purchè il fatto rimanga lo stesso.

P. q. m., ecc.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

IV Sezione.

14 settembre 1900 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Pincherle = Ciceri c. Comune di Codogno.

Qualora nell' adunanza dei presidenti dei seggi elettorali amministrativi un candidato riuscito eletto dichiari di non volere accettare l' ufficio, si deve proclamare dall' adunanza stessa il candidato che ha dopo di lui riportato il maggior numero di voti (purchè questo non sia inferiore al minimo voluto dalla legge) e se ciò non fa l'adunanza, deve farlo il Consiglio comunale e la Giunta P. A.

Come fu già ritenuto da questa sezione con la decisione 11 settembre 1896 in causa Vaino e Accornero, qualora uno dei candidati che ottennero il maggior numero di voti dichiari di non voler assumere l'ufficio di consigliere, deve essere dichiarato eletto colui che dopo i proclamati ha ottenuto il maggior numero di voti, purchè, s'intende, raggiunga il minimo voluto dalla legge. E in vero l'art. 84 della legge com. e prov., prescrivendo che quando l'elezione di chi ebbe maggior numero di voti è nulla gli si sostituisce quello che, dopo gli eletti, ebbe maggior voti, prevede un'ipotesi che è molto analoga a quella in cui l'elezione, anzichè essere nulla, divenga senza effetto

per le dimissioni, e però è conforme all'articolo 3 c. c. che la si applichi anche in questa seconda ipotesi non esplicitamente preveduta dalla legge. E così si ottiene il risultato da questa voluto, che il Consiglio sia costituito col numero legale e non rimanga vacante il posto del dimissionario, mentre a una nuova elezione non potrebbesi venire per il disposto dell'art. 253 della legge.

Perciò avendo il rag. Vida dichiarato all'adunanza dei presidenti di non voler accettare l'ufficio di consigliere comunale, doveva l'adunanza stessa, e dopo di essa il Consiglio comunale e la Giunta prov. amm. procedere alla di lui surrogazione a termini di legge.

Non avendosi in atti il numero dei votanti, non potrebbe la proclamazione esser fatta da questa sezione, e perciò l'affare deve essere rimandato alla Giunta prov. amm. perchè essa medesima vi provveda.

P. q. m., ecc.

—

Sezione interni.

Parere 29 maggio 1900 — *Ric.* Comune di Minori.

L'azione popolare può essere esercitata anche sotto la forma di intervento quando il Comune sia già in giudizio (1).

Nel campo della dottrina non si è d'accordo sulla questione, se l'azione popolare consentita dall'articolo 129 legge com. e prov. possa essere esercitata sotto la forma d'intervento in una causa nella quale il Comune sia già costituito o come attore o come convenuto; che anzi i più degli scrittori propendono per la risoluzione negativa, osservando che l'azione popolare esercitandosi *alieno nomine*, cessa quando il *dominus* sia già parte in giudizio.

Per altro non si può disconvenire come questo modo di risolvere la questione risenta forse soverchiamente del formalismo e delle idee dell'antica procedura romana e muova piuttosto dal concetto che la tradizione e la scuola ci hanno tramandato dell'azione popolare, che dal concetto che se ne ha nel diritto pubblico moderno, nel quale essa è considerata come un diritto proprio del cittadino o del contribuente che la esercita sempre con l'intervento e anche col contraddittorio dello stesso Comune e la esercita in nome proprio, a proprie spese, e non solo nell'interesse altrui, ma anche nell'interesse proprio sebbene indiretto e non immediato. Limitare l'esercizio dell'azione popolare in quei soli casi nei quali essa si presenti, anche processualmente, sotto forma di azione, significa limitarne il campo e la portata contro le intenzioni stesse del legislatore il quale non fece nè limitazioni nè divieti, significa rinunciare ad un mezzo di difesa, precisamente quando esso andrebbe adoperato o potrebbe riuscire più efficace ed essere anche necessario per impedire che il diritto o l'interesse del Comune fosse irrimediabilmente vulnerato da una sentenza di condanna. Questa evoluzione dell'azione popolare da un campo ristretto verso campi più larghi appare evidente nella nostra legislazione, e per convincersi basta leggere l'articolo 82 della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza nel quale è espressamente disposto che l'azione popolare può essere esercitata « insieme con i rappresentanti l'istituzione in loro luogo e vece ». Nè si citino qui i vieti e troppo abusati aforismi — « lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit » ; « inclusio unius exclusio alterium » — per conchiudere all'inammissibilità dell'azione popolare sotto forma d'intervento nel caso preveduto dall'art. 129 della legge comunale. Qui si tratta invece di un progresso legislativo, al quale bisogna ispirarsi anche nell'interpretazione dell'art. 129, si tratta di un sol sistema che va interpretato ed applicato nella sua integrità e non è possibile scindere o ridurre in frammenti.

Il concetto, il fondamento e lo scopo delle due disposizioni sono identici, e quando l'art. 129 della legge comunale parla soltanto di *azioni,* ne parla in modo generico così da comprendere sotto questa denominazione non solo l'azione propriamente, ma anche l'eccezione « agere etiam is videtur qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est ».

Del resto nella specie il Mauri ha chiesto di intervenire nel giudizio non solo per difendere il Comune contro le pretese dell'appaltatore, ma per far valere le ragioni stesse del Comune stesso contro gli amministratori in caso di condanna, ed è questa una vera e propria azione che per ragione di connessione si esercita insieme con quella proposta dall'appaltatore.

In conseguenza non può dirsi che la Giunta provinciale amministrativa abbia male interpretato l'art. 129 legge comunale.

P. q. m., ecc.

—

(1) In senso difforme, A. Catania, 21 giugno 1897, Comune di Carlentini c. Inserra, riferita con annotazione dal *Foro it.* 1897, 1, 1223.

COMMISSIONE CENTRALE
per l'imposta di R. M.

30 gennaio 1900 = *Ric.* Fondiaria Vita.

Se la Commissione centrale abbia rimandato una controversia alla Commissione provinciale perchè questa determini in via di estimazione il reddito, giusta i criteri da essa Commissione centrale fissati, non è lecito alla Commissione provinciale di nuovamente esaminare la questione di merito per scostarsi da quei criteri.

Riguardo a questa massima per quel che concerne lo stesso accertamento, in ordine al quale questa Commissione provvide con la succitata decisione, non è più lecito alle parti discutere, nè alle Commissioni inferiori dipartirsene.

Fu già fatto rilevare che per quanto l'Istituto della Commissione centrale si voglia assimiliare a quello della Cassazione, non puo tuttavia dubitarsi che se si trovano dei punti ove si riscontra tale somiglianza, in altri punti havvi sostanziale divario tra i due istituti. E per non allontanarsi da ciò che forma il soggetto della controversia, non v'ha dubbio che i rapporti del magistrato di rinvio con la Corte di cassazione, stabiliti dalla legge dell'ordinamento giudiziario, sono diversi da quelli che corrono tra la Commissione provinciale in sede di rinvio e la Commissione centrale, secondo l'ordinamento delle Commissioni amministrative. Il magistrato ordinario di rinvio può contradire al giudizio della Corte di cassazione che non abbia pronunziato a Sezioni riunite, ma ugual potere non può essere dato alla Commissione provinciale in grado di rinvio.

Primieramente perchè la Commissione centrale non è divisa in sezioni, e giudica sempre plenariamente su tutte le controversie che le si sottopongono; in secondo luogo perchè mentre innanzi ai magistrati il rinvio si fa sempre a tribunale diverso da quello che aveva prima pronunciato, nei giudizi amministrativi il rinvio si fa sempre alla stessa Commissione provinciale che aveva prima deciso e la cui decisione venne annullata dalla Commissione centrale. E però se si ammettesse che rispetto ai giudizi in grado di rinvio davanti le Commissioni amministrative dovessero applicarsi quei medesimi principî che regolano i giudizi di rinvio davanti ai tribunali ordinari, ne verrebbe la conseguenza che la stessa Commissione provinciale e la stessa centrale potrebbero su di una controversia pronunciare due o più volte senza limite stabilito, la qual cosa, non solo sarebbe contraria al principio del « non bis in idem », ma impedirebbe in molti casi la definitiva risoluzione delle controversie.

Inoltre è da osservare come uno dei requisiti essenziali del procedimento amministrativo, e uno dei precipui scopi cui intese il legislatore nell'ordinarlo, sia quello della speditezza dei giudizi. Onde ad esso procedimento non si conviene, e anzi ripugna quel complesso di formalità, che accompagnano e protraggano in lungo le liti davanti ai tribunali ordinari.

Contro le decisioni della Commissione centrale, quando dalle parti si creda che non sieno corrette in punto di diritto, è per l'articolo 53 della legge ammesso soltanto il ricorso all'autorità giudiziaria, e l'autorità giudiziaria soltanto può discuterne e censurarne i giudizi, a maggior garanzia dei diritti tanto dei contribuenti che della Finanza; non già le Commissioni provinciali in grado di rinvio, le quali perciò debbono, riguardo al caso deciso, applicare qualunque sia, il pronunziamento della Commissione centrale.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

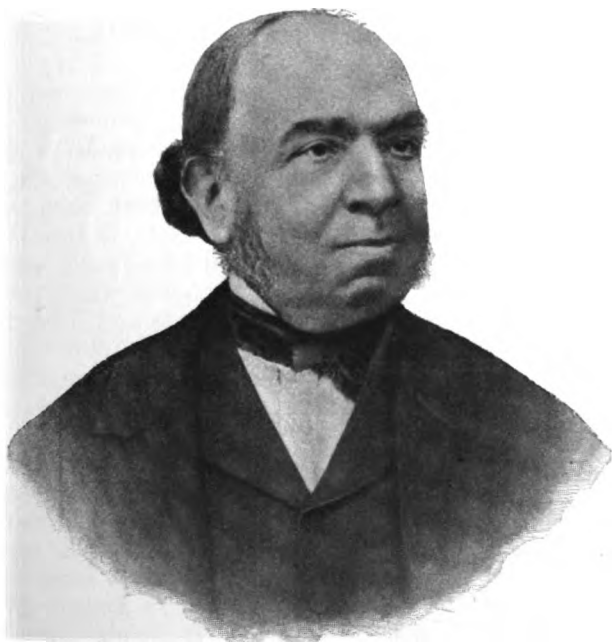
GIUSEPPE MIRAGLIA

Da Cosenza, dove era nato il 12 gennaio 1816, venne, giovinetto, a Napoli e qui s'addottorò in giurisprudenza dedicandosi con particolare amore allo studio della filosofia e delle scienze economiche. Nel 1848 fu nominato giudice presso il Tribunale, ma, per l'affetto sposato alla causa della libertà, destituito tosto da tale ufficio con un decreto del 18 ottobre 1849. Ritornato all'esercizio dell'avvocatura, seppe in breve, colla vasta dottrina e colla profonda onestà del carattere, emergere tanto, che, restituita al Reame di Napoli l'apparente forma costituzionale, venne prescelto alla carica di direttore generale nel Ministero di Grazia e Giustizia. Compiuti i destini d'Italia, ottenne per concorso la cattedra di diritto civile nell'Ateneo napoletano e la nomina a consigliere di quella Corte suprema. Fu poi primo presidente della Corte d'appello degli Abruzzi, dove la trista piaga del brigantaggio reclamava l'opera di un uomo illuminato e forte per l'organizzazione della Corte d'assise; di lì passò a quella di Trani e quindi a Roma, divenuta capitale del Regno, mentre era d'uopo introdurre nel distretto affidato alle sue cure, con tatto speciale, i nuovi ordinamenti giudiziari. Istituita la Cassazione unica, toccò al Miraglia l'alto onore di presiedere pel primo quell'illustre consesso; e in tale ufficio rimase fino all'epoca del suo collocamento a riposo, per ragioni di età, nel 1891.

Come primo presidente, egli non solo seppe, con sapienza mirabile, dirigere il funzionamento della Suprema Corte, ma partecipò attivamente ai lavori di questa, assumendo la relazione nei più importanti dibattiti e stendendo numerose sentenze molte delle quali costituiscono pregevolissimi responsi.

Fu membro della Commissione consultiva nominata nel 1864 per la riforma della legislazione, vice-presidente del Consiglio del contenzioso diplomatico; ebbe insigni onorificenze fra cui il Gran Cordone degli ordini dei SS. Maurizio e Lazzaro e della Corona d'Italia.

Senatore fin dal 1865, rimangono specialmente memorabili le sue relazioni intorno alla legge 8 giugno 1873 sulla commutazione delle prestazioni ex-feudali e a quella che risolse le complicatissime questioni relative alla Sila di Calabria.

Morì a Napoli la notte dagli 8 ai 9 gennaio u. s.

GIUSEPPE MIRAGLIA.

Memorie originali

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLE INTERPOLAZIONI

Pecunia al plurale.

La parola *pecunia* nelle fonti, oltrechè in altri significati che qui è inutile ricercare, la troviamo usata generalmente a significare *somma di denaro*. Tale significato la rende un nome collettivo, ed è da notare che questo carattere di collettività è insito anche in quasi tutti gli altri significati che assume la parola nelle nostre fonti.

Per tale suo significato per sè stesso collettivo, avviene raramente che la parola *pecunia* venga nelle fonti usata al plurale (1). Cosicchè il numero delle volte in cui essa è usata al plurale è molto piccolo relativamente a quello in cui si trova al singolare. Anzi nelle opere dei giureconsulti trasmesseci indipendentemente dalla raccolta giustinianea, non mi fu dato trovare una sola volta la parola usata al numero plurale (2).

Tuttavia non può negarsi che la parola venisse con una certa frequenza usata al plurale anche dai classici. Si ha in primo luogo l'esempio delle fonti classiche non giuridiche, nelle quali la parola viene usata al plurale, ed in secondo luogo l'uso al plurale lo troviamo nei frammenti del Digesto.

Ma si deve notare, che nelle fonti classiche non giuridiche a parola *pecunia*, anche al plurale — come è naturale — man-

(1) Un accenno all'uso al singolare o al plurale della parola *pecunia*, sebbene non in linea generale, si trova negli autori a proposito della lezione di GAIO, IV, 9. Il LACHMANN originariamente leggeva: « Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem indicati, depensi, damni iniuriae, legis Aquiliae, *vel pecuniarum legatarum nomine* quae per damnationem certae relictae sunt »; BÖCKING invece: « ... et rerum legatorum nomine quae p. d.... »; HUSCHKE: « ... item legatorum nomine quae p. d.... ». È certa la lezione dello STUDEMUND: « ... legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt ». Ora contro il RUDORF (PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, vol. II, p. 473, nota *r*) che difendeva la lezione del LACHMANN si è fatto valere che essa non sarebbe conforme all'uso delle fonti della parola *pecunia*, che non occorre in tal senso mai al plurale. Le fonti dicono *certa pecunia*, mai *certae pecuniae*. Vedi SCHEURL, *Beiträge*, I, p. 131; RUDORF, op. cit., loc. cit.; ARNDTS, *Continuazione del Commentario del Glück*, vol. 46, p. 24, nota 54 e PACCHIONI, *La legge 48* (49) *Dig. III, 5*, ecc., in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, vol. III, p. 54, nota 1. In un altro passo gaiano (III, 223), dove si voleva vedere un *pecuniae* plurale (RUDORF, l. c.), deve leggersi invece *pecuniariae* ed in ogni modo il PECUNIAE sarebbe genitivo di *poenae* (ARNDTS, l. c.).

(2) Nel *S. C. de Asclepiade Clazomenio sociisque*, a. 676, BRUNS, *Fontes*, p. 171, si trova: « ... sei quas *pecunias* civitates eorum publicae debeant, nei quid in *eas pecunias* dare debeant; .... ».

tiene sempre il suo significato collettivo. Solo tardi principia a trovarsi l'uso di *pecunia* come nome non collettivo e col significato quasi identico a quello di *nummus* (1).

Anche nel Digesto la parola *pecunia* al plurale conserva ordinariamente il significato collettivo di molte somme od altro analogo. Un esempio della parola *pecunia* usata in uno stesso frammento al singolare e al plurale sempre classicamente in senso collettivo si trova in Marciano, *lib. 2, iudic. public.*, D. 47, 22, 3, pr.: « *Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur*, pecunias (ricchezze, averi) *communes si quas habent dividere pecuniamque* (denaro) *inter se partiri* ». Quanto difficilmente d'altra parte i giuristi classici si inducessero a usare la parola *pecunia* al plurale, ed allo stesso tempo come il carattere collettivo fosse spiccatamente rilevante nel significato che le attribuivano, risulta dalle seguenti osservazioni: *a*) è notevole in primo luogo la frase *numerare pecuniam* (vedi per es., in Ulp., *lib. 26 ad ed.*, D. 12, 1, 7), che assume significato tecnico nell'*exceptio non numeratae pecuniae; b*) così pure l'altra frase *redigere pecuniam:* vedi per es., nel senatoconsulto riferito da Ulpiano, *lib. 15 ad ed.*, D. 5, 3, 20, 6: «..... *placere* redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae *usuras non esse exigendas*..... » (2); *c*) e quella frequentissima *pecunia credita*, di cui non occorre certamente dare degli esempi. Il significato collettivo che fa mantenere l'uso del singolare, non ostante l'evidente accenno a più cose raccolte, è trasparente nelle frasi: *d*) *acervum pecuniae* di Ulpiano, *lib. 46 ad S.*, D. 45, 1, 29 pr.; *e*) *summam pecuniae, quae ex reliquis colligitur*, di Scevola, *lib. 2 quaest.*, D. 21, 2, 69, 4; *f*) *corpora pecuniae* dello stesso Scevola, *lib. 27 dig.*, D. 20, 1, 34, 2 specialmente confrontata all'altra *corpora nummorum* di Papiniano, *lib. 4 quaest.*, D. 30, 51; *g*) *saccum habentem pecuniam* di Pomponio, *lib. 13 ex var. lection.*, D. 47, 2, 78. *h*) Nè mi sembrano da trascurare i seguenti esempi nei quali, pure parlandosi di diverse somme di danaro, come risulta dal contesto, si sarebbe potuto usare classicamente anche il plurale e si preferì invece di usare il singolare: Africano, *lib. 8 quaest.*, D. 17, 1, 34: «..... a *debitoribus* pecuniam exegisset..... »; Scevola, *lib. 10 dig.*, D. 26, 7, 57: «..... convenire *debitores* posse ad solvendam pecuniam..... »; Paolo, *lib. 5 sent.*, D. 49, 14, 45, 10: « Fiscalibus *debitoribus* petentibus ad *comparandam* pecuniam dilationem negari non placuit...... »; *lib. 3 ad ed.*, D. 2, 13, 9, 2: «....... *nummulari*..... et accipiunt pecuniam et erogant per partes..... »; Papiniano, *lib. 5 resp.*, D. 26, 7, 39, 8: «..... pecuniam ex *venditionibus* Romae refectam..... »; *i*) e questi altri nei quali è im-

---

(1) Una dimostrazione di questa affermazione mi porterebbe fuori del mio tema, ristretto alle fonti giuridiche; e perciò rimando senz'altro il lettore ai lessici latini.

(2) Vedi pure *Lex Ursonensis*, c. LXV. Bruns, *Fontes*, p. 125: *Lex Acilia repetundarum*, c. 67. Bruns, *Fontes*, p. 70; *Lex Malacitana*, c. 67. Bruns, *Fontes*. pagina 154.

portante il contrapposto tra *pecunia* al singolare e *nummi* al plurale: Pomponio, *lib. 2 ad S.*, D. 30, 8, 2: « si ita legatum sit: lecticarios octo aut pro his in homines singulos certam *pecuniam*, utrum legatarius volet, non potest legatarius..... pro parte *nummos* petere »; Papiniano, *lib. 3 respons.*, D. 13, 7, 40, 1: « Debitoris filius..... frustra pignus a creditore patris peculiaribus *nummis* comparat..... nam *pecunia*..... pignus liberatur »; Ulpiano, *lib. 3 disput.*, D. 20, 4, 7, 1: «..... non enim multum facit, quod de suo *nummos* debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis empta non sit pignerata ob hoc solum quod *pecunia* pignerata erat » (1).

***

È naturale però che, attribuendo invece alla parola un significato *non collettivo*, l'uso se ne faccia di preferenza al plurale, per la stessa ragione per la quale *nummus* è usato preferibilmente al plurale, per supplire cioè all'elemento di collettività che manca nel suo significato.

Pertanto possiamo affermare che questo uso della parola *pecunia* è frequente in Giustiniano (2). Da un'attenta lettura si ricava, che su 128 volte che Giustiniano usa la parola *pecunia*, la troviamo 83 volte usata al plurale e 45 volte usata al singolare, mentre, su 2076 volte che la parola si trova nel digesto, è usata al plurale solo 69 volte. È dunque notevolissima la sproporzione nei due casi, e ciò non sarebbe stato possibile, se Giustiniano non avesse attribuito un diverso significato alla parola *pecunia*.

Ma il senso nel quale Giustiniano usa frequentemente la parola, risulterà chiaro dai seguenti esempi:

C. 3, 28, 35. 1: «...... si quis a patre certas res vel *pecunias* accepisset ».

C. 3, 28, 36, 1 *a*: « Sancimus.... emendari vitium et vel aliam rem vel *pecunias* restitui ».

C. 4, 2, 17: «..... si quis *pecunias* credere *supra quinquaginta libras auri* voluerit..... sciat..... chirographum a *debitore*..... debere percipere..... *pro pecuniis memoratam quantitatem auri excedentibus*..... ».

C. 4, 28, 7: « Si filius familias.... *pecunias creditas* acceperit, postea pater ratum habuerit *contractum*...., si ab initio..... filius familias *pecuniam creditam* accepisset..... (§ 1). Sin autem

---

(1) Con l'indicazione delle frasi e dei passi riportati nel testo non ho inteso raccogliere naturalmente tutto il ricchissimo materiale che offrirebbero le fonti, ma presentare solo pochi esempi che chiariscano il mio concetto e pongano in luce l'uso dei classici.

(2) È nota la frequenza con la quale i compilatori cambiarono il numero dei sostantivi. GRUPPE, *Z. S. S.*, XVI, p. 311. Vedasi così per *regula*, GAI., II, 114, *regulae* D. 28, 1, 4. GRUPPE, l. c., p. 304; per *probationes*, FERRINI, *Riv. ital. per le sc. giur.*, XIV, p. 261; per *vires* invece di *vim*. BICCOBONO, *Bullett. dell'Ist di dir. rom.*, VI, p. 161. Parimenti rileva: GAIO, II, 238, *incertae personae*, Inst., 2, 20, 25, *incertis personis*; GAIO, III, 222, *servo*, Inst., 3, 4, 3 *servis* e moltissimi altri casi.

miles filius familias *pecuniam creditam* acceperit...., nulla differentia introducenda, ob quam causam *pecuniae creditae* vel ubi *consumptae sunt*..... et ex praesumptione omnis miles non credatur in aliud quicquam *pecunias* accipere et expendere nisi in causas castrenses ».

C. 4, 30, 14: «..... non numeratae *pecuniae* exceptionem obicere possit, qui accepisse *pecunias* vel alias res scriptus sit.... (§ 2)..... vel si qua alterius cuiuscumque contractus gratia, in qua *numeratio pecuniarum* vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit depensas esse *pecunias*.... exceptionem non numeratae *pecuniae* posse obici..... nec liceat ei.... non esse sibi solutas vel *pecunias* vel alias res dicere (§ 3)..... (§ 4).... licebit..... querellam non numeratae *pecuniae* manifestare ei qui numerasse *eam*.... scriptus est.... (§ 5) sed si praesens quidem sit, qui *pecunias* numerasse..... scriptus est.... ».

C. 40, 34, 11: « Si quis vel *pecunias* vel res quasdam per depositionis accepit titulum..... ».

C. 4, 34, 12: «.... ubi *certae pecuniae* depositae fuerant et *suam partem* unum ex heredibus accepit.... ».

C. 4, 66, 2, 2: «..., licentiam ei concedimus attestatione praemissa *pecunias* offerre, *hisque obsignatis* et secundum legem depositis minime deiectionis timere periculum ».

C. 5, 14, 11, 1: « Sancimus.... licentiam marito dari.... *pecunias.... sortis*, quas exegerit servare mulieri ».

C. 8, 33, 3, 2: «.... debet qui *pecunias creditas* accepit debitum offerre et pignus recuperare... (§ 3).... licentia ei dabitur.... offerre *pecunias* et pignus ab oppigneratione liberare ».

C. 8, 40, 26: «.... certam *quantitatem pecuniarum* inferat... personam et non *pecunias* reddere.... nulla licentia concedenda.... *pecuniarum* dationem effugere ».

E così parimenti in C. 4, 29, 23; 4, 35, 23, pr. e 1; 6, 41, 1; 7, 54, 3, 1; 7, 72, 10, 2 e 3; 8, 41, 28; 8, 54, 36, pr.; 11, 48, 20, 4; e sebbene con minore evidenza in C. 1, 3, 48, 5 e 6; 3, 1, 13; 3, 28, 30, 2; 4, 20, 17; 4, 30, 14, 1; 5, 38, 28, 5; 6, 30, 22, 6; 8, 54, 36, 2.

È evidente che in questi casi la parola ha perduto completamente il suo significato collettivo e serve ad indicare molti oggetti singoli, molte monete. Ed è sulla base di questi esempi, che è lecito il sospetto dell'interpolazione di quei passi del Digesto, nei quali appare questo uso della parola *pecunia*, così frequente in Giustiniano.

***

Orbene nel Digesto noi troviamo — come si è detto — la parola *pecunia* al plurale 69 volte in 59 frammenti. In molti di essi la parola, sebbene usata al plurale, lo è in un significato evidentemente collettivo e quindi conformemente all'uso classico.

Così in Ulpiano (1) e Giavoleno (2) troviamo la formula testamentaria «*quas* PECUNIAS *legari*», con la quale si accenna a varie disposizioni su diverse quantità di cose fungibili in un senso eminentemente collettivo.

Parimenti in Papiniano (3), Ulpiano (4) e Paolo (5) troviamo la frase: «*servus, actor, etc., praepositus* PECUNIIS *faenerandis* o *accipiendis*», nella quale è evidente l'accenno al ripetersi di varie operazioni su diverse somme. È notevole che in quasi tutti questi frammenti (6) si trova la parola *pecunia* anche al singolare, appunto quando si accenna ad una singola operazione sopra una sola somma, ed è pure notevole in Papiniano (7) l'uso di *nummi* al plurale in confronto di *pecunia* al singolare, per indicare la stessa cosa. D'altra parte la frase di cui ci occupiamo si trova anche con la parola *pecunia* al singolare, per es., in Paolo (8): «*si quis* PECUNIAE *faenerendae*..... praepositus est», ed in Ulpiano (9), che cita Papiniano: «..... *praeposuisse eum mutuae* PECUNIAE *accipiendae*».

In alcuni frammenti di Gaio (10), di Papirio Giusto (11), di Paolo (12), di Ulpiano (13) e di Marciano (14) è un principio generale che si afferma e che si riferisce a molti casi in cui sono considerate somme o quantità; quindi il termine è sempre collettivo sebbene usato al plurale.

(1) *Lib. 15 ad S.*, D. 30, 19, pr.
(2) *Lib. 2 ex post. Lab.*, D. 35, 1, 40, 2.
(3) *Lib. 3 resp.*, D. 14, 3, 19, pr. e 3; *lib. 8 quaest.*, D. 46, 3, 94, 3.
(4) *Lib. 28 ad ed.*, D. 13, 7, 11, 5; 14, 3, 5, 2; 14, 3, 13; *lib. 41 ad Sab.*, D. 46, 3, 18. Nel secondo di questi frammenti sembra che Ulpiano riferisca Labeone e nel terzo la frase è una prima volta genuina e la seconda parte di un'interpolazione. KRUEGER *Z. S. S.*, XVI, p. 4.
(5) *Lib. 1 decret.*, D. 14, 5, 8; *lib. 71 ad ed.*, D. 44, 4, 5, 3; *lib. 7 ad Plaut.*' D. 47, 2, 67, 3.
(6) Vedi i fr. già citati D. 14, 3, 19, pr. e 3; 46, 3, 94, 3; 13, 7, 11, 5; 14, 3 13 46, 3, 18.
(7) Vedi il fr. già citato D. 46, 3, 94, 3.
(8) *Sent.* II, 8, 2.
(9) *Lib. 31 ad ed.*, D. 17, 10, 5.
(10) *Lib. 9 ad ed. pr.*, D. 13, 4, 3: « Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint praetia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini, olei, frumenti: PECUNIARUM quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis dificilius et gravibus usuris ». Si ravvicini colle Ist., IV, 6, 33c di origine certamente gaiana (v. FERRINI, *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniano* nei *Rendiconti del R. Ist. Lombardo*, XXIII, p. 164, n. 34): «... sed et PECUNIAE numeratae non in omnibus regionibus sub iisdem usuris faenerantur »; *lib. 1 de verb. obligat.*, D. 13, 6, 4: « saepe etiam ad hoc commodantur PECUNIAE, ut dicis gratia, munerationis loco intercedant » Non è escluso del resto che si possa essere in questo frammento operata da parte dei compilatori una semplice mutazione nel numero come avviene per molti passi di GAIO; vedi GRUPPE, *Z. d. S. S.*, XV, p. 318 e XVI, p. 311.
(11) *Lib. 2 de const.*, D. 50, 12, 13.
(12) *Lib. sing. reg.*, D. 22, 1, 30: « Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae CREDITARUM PECUNIARUM »; *lib. sing de offic. assessor.*, D. 3, 3. 73: «... *hoc enim fit* sc. *depositio in aede sacra*) *et in pupillaribus* pecuniis ». È notevole in questo passo il precedente uso di *pecunia* al singolare.
(13) *Lib. sing. de off. cur. reip.*, D. 22, 1, 33: « ... *praeterea prospicere debet ne* pecuniae publicae *credantur sine pignoribus idoneis vel hypotecis* ».
(14) *Lib. 14 Inst.*, D. 48, 11, 1 pr.

In altri di Pomponio (1), Africano (2), Scevola (3), Papiniano (4), Paolo (5), Ulpiano (6) e Modestino (7) si nota, che alla parola *pecunia* al plurale corrispondono diversi negozii giuridici, diversi atti nei quali devono figurare le *pecuniae* come quantità collettive.

In altri di Africano (8), Scevola (9), Papirio Giusto (10),

---

(1) *Lib. 2 ad Sab.*, D. 32, 44: « Si fundus legatus sit cum his quae ibi erunt, quae ad tempus ibi sunt non videntur legata: et ideo PECUNIAE quae faenerandi causa ibi fuerunt non sunt legatae ». Una esegesi superficiale dimostra, che si tratta appunto di diversi atti, a ciascuno dei quali corrisponde come oggetto una *pecunia*. La diversità dei tempi dei verbi indica, che la questione decisa era, se i danari che il testatore aveva messo momentaneamente nella casa, e che quando sorse la controversia erano già mutuati in diverse somme (*pecuniae*) a diverse persone, dovessero comprendersi nel legato. Si noti: « *quae ad tempus ibi* sunt... *quae ibi* fuerunt... *non* sunt *legatae* ». La decisione e il criterio per definirla (*quae ad tempus ibi sunt*) sembrano accettati tradizionalmente sin da LABEONE. Vedi PROCULO, *lib. 5 ep.*, D. 32, 8, 6 e GIAVOLENO, *lib. 2 ex post. Lab.*, D. 34, 2, 39, 1. Cfr. pure SCEVOLA, *lib. 22 dig.*, D. 32, 41, 6; *lib. 15 dig.* D. 33, 2, 32, 2; *lib. 5 resp.*, D. 20, 1, 32. PAOLO, *lib. 13 resp.*, D. 31, 86.

(2) *Lib. 8 quaest.*, D. 12, 1, 41: « ... *qui status sui ignarus* pecunias *defuncti aut exegit aut credidit...* ». Si noti inoltre la corrispondenza con l'altro termine collettivo *summarum* che trovasi più avanti e si pensi che trattasi di un *servus praepositus pecuniis*. Vedi sopra pag. 85.

(3) *Lib. 7 dig.*, D. 18, 3, 8: « *Mulier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis arrae nomine* certis pecuniis *statuta sunt tempora solutioni reliquae* pecuniae, *quibus si non paruisset emptor pactus est ut arram perderet et inemptae* villae *essent...* ». L'uso sembra classico in quanto si possa ritenere che il giurista avesse in mente un caso nel quale tante fossero le arre quanti i *fundos* o *villae* da vendere, come vi erano pure diversi *tempora* per il pagamento. A ciò pure conduce la frase *certis pecuniis*, poichè la frase *certa pecunia* significa sempre *somma determinata* e così deve tradursi nel nostro caso, con significato evidentemente collettivo.

(4) *Lib. 6 quaest.*, D. 5, 4, 10: « ... pecunias *distractis rebus acceperit...* »; si noti la corrispondenza con l'altro termine *pretia* usato più avanti. *Lib. 3 resp.*, D. 20, 1, 2: « *fideiussor qui pignora vel hypotecas suscepit atque ita* pecunias *solvit exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet, ceterum iudicio quod de pignore dato proponitur conveniri non potest* ». Ritengo che PAPINIANO avesse in mente diversi crediti di fronte ai *pignora vel hypotecas*. Inoltre è eloquentissimo il confronto dei casi analoghi contemplati dallo stesso PAPINIANO, *lib. 3 resp.*, D. 3, 5, 31 (32): « *Fideiussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat*, pignora vel hypotecas *suscepit et* utramque pecuniam *creditori solvit...* », e da MODESTINO, *lib. 4 resp.*, D. 20, 1, 26, pr. — *Lib. 20 quaest.* D. 22, 3, 26: « Procula magnae quantitatis fideicommissum a patre sibi debitum post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur numquam id a patre quamdiu vixit desideratum cum variis ex causis saepe rationi fratris *pecunias* ratio Proculae solvisset: divus Commodus cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum ». Si notino « *saepe* » « *variis ex causis* ».

(5) *Lib. 3 resp.*, D. 10, 2, 38.

(6) *Lib. 4 disp.*, D. 28, 5, 35, 4; *lib. 23 ad. ed.*, D. 17, 1, 43 (è da notare che per quest'ultimo frammento il manoscritto parigino ha *pecuniam*); *libro 5 de omnibus Tribun.*, D. 2, 15, 8, 4: « si integra quantitas alicui fuerit legata, ut ex usuris eius se alat et mortis tempore PECUNIAS restituat: non cessabit oratio, licet non in singulos annos videatur id relictum ». Si potrebbe pensare in questo frammento ad un glossema od interpolazione delle parole « *et mortis tempore pecunias restituet* », che servono a spiegare, ma non sono assolutamente necessarie. Tuttavia mi sembra che l'uso di *pecunias* nel caso sia classico, perchè sta ad indicare i crediti diversi che potevano essere costituiti con la *quantitas legata ut ex usuris eius se alat*. A tale scopo era naturale che si cercasse un impiego della somma e tale impiego poteva essere fatto presso diverse persone costituendo tanti crediti, che dovessero restituirsi alla morte dell'onorato dal legato d'alimenti.

(7) *Lib. 9 reg.*, D. 34, 3, 19.

(8) *Lib. 8 quaest.*, D. 12, 1, 41; *Lib. 6 quaest.*, D. 32, 64.

(9) *Lib. 16 dig.*, D. 32, 34, 1 e *lib. 22 dig.*, D. 33, 1, 21, 3, nel quale frammento è notevole l'equivalenza della parola *summae* a quella *pecuniae*.

(10) *Lib. 2 de const.*, D. 2, 14, 37: « Imperatores Antoninus et Verus rescripse-

Paolo (1) e Ulpiano (2) la parola *pecunia* al plurale corrisponde a diversi debitori o creditori.

Finalmente in tre frammenti di Ulpiano (3), di Paolo (4) e di Marciano (5) è evidente che la parola è usata nel senso classico di ricchezze o beni di fortuna.

Sono così 41 frammenti, nei quali non si può contestare l'uso classico del plurale della parola *pecunia.*

Ve ne sono, come vedremo in appresso, altri nei quali anche si può dire classico l'uso plurale; ma questo uso — così preferito a Giustiniano — serve pure a rivelare una probabile interpolazione. Dove pertanto io ho creduto di trovare altri elementi che potessero fare indurre l'interpolazione, l'ho rilevato.

Dei restanti frammenti pertanto, in cui si trova la parola *pecunia* al plurale, alcuni furono già riconosciuti interpolati per varie ragioni. Ciò è riprova della nostra tesi e quindi li presentiamo al lettore come esempio e come precedente all'esame delle nuove interpolazioni, o sicure o probabili, che andremo rilevando in seguito.

1. — D. 12, 1, 27 Ulpiano, *lib. 10 ad ed.*

« Civitas mutui datione obligari potest [si ad utilitatem eius *pecuniae* versae sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur] » (6).

2. — D. 13, 7, 11, 7 Ulpiano, *lib. 28 ad ed.*

« Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse

---

runt *debitori* reipublicae a curatore permitti *pecunias* non posse, et, cum Philippensibus remissae essent revocandas ». Siamo davanti ad un principio generale che giustifica l'uso di *pecunias*. Però è notevole che il MOMMSEN ha percepito la stonatura e ha proposto la correzione *debitoribus*, la quale deve accettarsi; tanto più quando si osservi che anche nel caso concreto deciso si trattava di più debitori (Philippensibus). Quanto all'altra correzione non necessaria di *permitti* = *remitti* vedi CUIACIO, *Observ.* XXXI, 29 e SCHULTING, *ad h. l.*

(1) *Lib. 8 ad Plaut.*, D. 46, 3, 62; *lib. 1 quaest.*, D. 3, 4, 32.

(2) *Lib. sing. de off. cur. reip.*, D. 22, 1, 33; *lib. 63 ad ed.*, D. 42, 5, 24, 2; *lib. 30 lad. ed.*, D. 16, 3, 7, 2. Questi due ultimi frammenti si trovano in una inconciliabile contraddizione e non è fuor di luogo il sospetto di un'alterazione. Però l'uso della parola è classico e la contraddizione è forse dovuta al riavvicinamento poco razionale dei frammenti. Il LENEL, *Palingenesia,* 898, 899, 900, 1434, 1435, 1436, ha giustamente rilevato che il pr. e i §§ 1 e 2 del fr. 7 non devono essere di un unico contesto, come non lo sono il pr. e i §§ 1 e 2 del fr. 24. Vedi per tutti i tentativi di conciliazione VANGEROW, § 594, III, p. 225 e seg.

(3) *Lib. 10 de officio procons.*, D. 48, 20, 6: si parla inoltre in questo frammento di ciò che accade generalmente a diversi funzionari (*praesides*) e l'uso perciò della parola *pecunias* appare classico, sebbene il frammento lasci luogo a qualche sospetto, per la forma enfatica della chiusa per qualche ritoccatura avvertita precedentemente nel frammento ([itaque... punitus est]; vedi MOMMSEN, *ad h. l.*, LENEL, *Paling.* ULP., 2250, vol. II, c. 991, n. 2) per la mancanza d'oggetto dell'ultima proposizione, per l'uso del verbo *pati*. Il verbo *corradere* lo troveremo più oltre in un altro frammento sospetto.

(4) *Lib. sing. de portionibus.*, D. 48, 20, 7, 3.

(5) *Lib. 2 iudic. public.*, D. 47, 22, 3, pr.; vedi sopra pag. 82.

(6) Vedi il mio lavoro: *La « in rem versio » nel diritto giustinianeo* nel *Filangieri*, n. 5, 1899, p. LXXV e seg. Il PERNICE aderì privatamente accettando l'interpolazione e recedendo quindi dalla sua spiegazione in *Labeo*, I, p. 287 e seg.

agere pigneraticia poterit: [quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare]» (1).

D. 13, 7, 12 Gaio, *lib. 9 ad ed. prov.*

«Vel universorum bonorum administratio ei permissa est [ab eo qui sub pignoribus solebat *mutuas pecunias* accipere] » (2).

3. — D. 17, 1, 2, 6 Gaio, *lib. 2 cotidianar.*

[«Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut *pecunias tuas* potius in emptiones praediorum colloces quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloces: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium »] (3).

---

(1) BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, negli *Studii giuridici dedicati ed offerti a Francesco Schupfer*, vol. I, pag. 3 e seg.

(2) BONFANTE, op. cit., p. 6, n. 4.

(3) Vedi il mio lavoro: *Mandatum tua gratia et consilium*, nella *Rivista per le sc. giur*, vol. XXVII, p. 380 e seg.

Anche il SEGRÈ (nel suo bel lavoro, *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano ed il nuovo diritto germanico*, nella *Riv. per le sc. giur.*, vol. XXVIII, p. 69, n. 131 dell'estratto) ammette che il passo abbia subito notevoli rimaneggiamenti. Colgo l'occasione per ritornare brevemente sulle idee svolte nel citato mio lavoro, essendosi il SEGRÈ (cit. lav., pag. 62-71 dell'estratto) manifestato di opinione contraria alla mia riguardo al concetto del *mandatum tua gratia* e degli estremi per l'esperibilità dell'*actio contraria* in dipendenza del medesimo. Però dubito che io, o non abbia espresso chiaramente i miei concetti nel lavoro citato, o non abbia saputo afferrare quelli del SEGRÈ, perchè mi sembra che le nostre opinioni non siano in fondo, nel risultato, molto divergenti. Io sostengo che il *m. t. g.* aveva funzione di garanzia assunta dal mandante per il mandatario (cit. lav., p. 372-373), ed il SEGRÈ mi sembra nello stesso ordine d'idee, quando dice (cit. lav., p. 69-70) che « già per giustificare l'*actio contraria* e salvare così il *m. pecuniae credendae* Sabino riconosceva una *tacita assunzione di garanzia* da parte del mandante nel fatto che *il mandatario non avrebbe altrimenti prestato danaro a Titio* » e « questa norma d'interpretazione fu estesa infine al caso del *mand. t. g. tantum.* ». Io ho detto (l. c.) che era necessario l'*incarico con l'intenzione di obbligarsi*, e mi sembra che il SEGRÈ arrivi alla stessa conseguenza, quando per l'efficacia del *mand. t. g.* dice (l. c. p. 70) che bisogna ammettere « l'assunzione implicita della garanzia per le conseguenze dannose del negozio ». Che cosa dovrebbe essere quest'assunzione di garanzia se non un incarico con intenzione di rispondere, e quindi di obbligarsi, per le conseguenze di esso? Finalmente io sostengo (l. c. p. 375) essere necessario, « che l'azione del mandatario fosse determinata appunto dal mandato, che cioè senza di esso il mandatario non avrebbe agito », e spiegando il mio concetto aggiungo immediatamente, che l'azione del mandatario « era nel suo interesse esclusivo, e *perciò era il più delle volte dubbio*, se l'azione sua dovesse considerarsi come dipendente del consenso prestato al mandato, e si dovesse anzi *ordinariamente presumere* che egli avesse agito non preoccupandosene punto, perchè agiva nel proprio interesse; quando però si era certi, che l'azione sua era stata assolutamente determinata dal mandato, perchè senza di esso egli non avrebbe agito, *non vi poteva esser dubbio* che avesse inteso appunto di consentire al mandato e quindi di obbligare a sè il mandante per le conseguenze della esecuzione del mandato ». Mi sembra pertanto chiaro che io mi riferivo al caso di accettazione del mandato non fatta espressamente (cfr. SEGRÈ, l. c. nota 124). Ora in questo ordine d'idee mi sembra perfettamente il SEGRÈ quando dice (l. c. p. 70) che « ammessa l'efficacia del mandato *ut Titio pec. generares*, non doveva più essere così remoto il dubbio se possa essere efficace il mandato generale *ut pecuniam fenerares*, quando l'altro abbia dichiarato espressamente, *o implicitamente fatto conoscere al mandante, che il mandato è l'unico motivo del suo futuro operare e questi non abbia sollevato obbiezioni* ». Se io bene mi appongo, tra la mia opinione e quella del SEGRÈ non vi sarebbe altra differenza, se non che nel richiedere egli che la dichiarazione tacita di volontà non avvenga coll'eseguire l'incarico ricevuto, ma con fatti che dimostrino essere il mandato causa unica del *futuro operare*. Ora a me

4. — D. 17, 2, 82 Papiniano, *lib. 3 respons.*
« Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur [nisi in communem arcam *pecuniae* versae sunt »] (1).

5. — D. 22, 3, 25 Paolo, *lib. 3 respons.*
[« Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum? res ita temperanda est, ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse qui dedit legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse *pecunias*, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat: qui enim solvit nunquam ita resupinus est, ut facile suas *pecunias* iactet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse. et ideo eum qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum eb eo solutum (est), et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. — § 1. Sin autem is qui indebitum quaeritur vel pupillus vel minor sit vel mulier vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor et

---

sembra che ciò dalle fonti non risulti in alcun modo, poichè il « *facturus* » del D. 17, 1, 6, 5 trova una giustificazione semplicemente nella *consecutio temporum* del passo, nel quale anche il mandato si suppone futuro (*mandavero*). D'altra parte lo stesso SEGRÈ afferma (l. c., p. 62-63) che « il mandatario o coll'accettazione espressa, *o coll'impresa esecuzione*, o altrimenti manifesta la volontà di prender cura di un affare... ». Dove pure non posso trovarmi d'accordo col SEGRÈ è là dove egli sembra affermare (l. c. p. 66) che possa non essere vincolante il mandato in cui « io manifesti l'intento di obbligare un amico a impiegare in un dato modo i suoi capitali e l'*amico accettando* prometta ». Tale affermazione si fonda sul concetto, che nel *m. t. g.* « nei casi normali *è implicitamente dichiarata la volontà del mandante di non essere responsabile delle conseguenze dannose che potrebbero derivare dalla retta esecuzione* » (l. c., p. 68). Ora a me sembra che in tal modo si ricada nella confusione dei due concetti di consiglio e di mandato, poichè un mandato *ha sempre implicita la volontà di essere responsabile delle conseguenze*, tanto che anche per il SEGRÈ le due azioni diretta e contraria sono un risultato del contratto di mandato: immediatamente, dice egli (p. 64) *invicem obligamur, tenemur*. Se nel caso di *m. t. g.* si esclude questa volontà, non ne resta alcuna che possa dar vita ad un negozio giuridico e si ricade nel concetto di consiglio giusta la esatta distinzione fatta dallo stesso SEGRÈ, per il quale (l. c., p. 65) nel *mand. t. g.* viene manifestata una *volontà*, nel *cons.*, un *parere*, una *opinione:* tolta la volontà di assumere le conseguenze dannose dell'esecuzione del *mand. t. g.* non resta appunto che un'opinione, un consiglio. Il modo di considerare le cose del SEGRÈ non è neppure conforme alle fonti, e però egli si sforza a dimostrare errata la motivazione gaiana della inefficacia del *m. t. g.* (*mandatum est supervacuum*). Quanto al ritenere nel D. 17, 1, 32 di Giuliano un caso di assunzione espressa di garanzia mi sembra che sia d'ostacolo il confronto che vi si fa col caso del legato. Piuttosto ammetto probabile l'interpolazione del detto fr. da « in summa » in poi, come mi indicò privatamente il PEROZZI, e non soltanto da « praeterea », come vorrebbe il SEGRÈ. In ogni modo ciò non altera i risultati e devesi far risalire a Giuliano la teoria sul *mand. t. g.* anche per il D. 16. 1, 19, 1 che il SEGRÈ non ha considerato.

(1) Vedi il mio lavoro citato: *La « in rem versio »*, ecc., p. LXIV e seg.

forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudiens et desidiae deditus: tunc eum qui accepit *pecunias* ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas et, si non ostenderit, eas reddi debere. — § 2. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is qui dedit contendat. sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit vel exceptione tutus errore eius *pecunias* dependit: ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam, secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit. — § 3... »] (1).

6. — D. 23, 3, 61, 1. Terenzio Clemente, *lib. 3 ad leg. Iul. et Pap.*

« ..... atquin possunt res in dotem datae plerumque alienari et *pecunia* in dotem converti. [sed ut expediatur quaestio, si quidem res in dotem maritus accipere maluerit, nihil amplius quaerendum est: sin autem non aliter contrahere matrimonium vir patitur nisi *pecuniis* in dotem datis, tunc officium est curatoris apud eundem intrare iudicem, qui eum constituit, ut iterum ei causa cognita etiam viro absente permittat rerum venditione celebrata dotem constituere »] (2).

7. — D. 39, 5, 21, 1 Celso, *lib. 28 dig.*

« ..... sed ego [si quidem *pecuniae* a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus: sin autem *pecunias* a debitore meo exegisti], in hoc quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem » (3).

***

Di fronte a questi risultati già ottenuti, credo che non si avrà difficoltà ad ammettere o sicura o probabile l'interpolazione dei seguenti frammenti, per i quali specificatamente si hanno delle altre ragioni, che verrò esponendo.

---

(1) È ormai indiscussa l'interpolazione di questo frammento che raccoglie i più frequenti indizi di tribonianismi. A tutti gli altri indizi posti in luce dagli autori si aggiunge ora quello di *pecunia* al plurale. Ciò è una riprova eloquente della mia tesi. Vedi su questo frammento GRADENWITZ, *Interpol.*, p. 14, 56, 99; LONGO in *Arch. giur.* XXXVIII, p. 181 e autori ivi cit. alla nota 19; FERRINI, in *Riv. ital. per le sc. giur.*, XIV, p. 266.

(2) GRADENWITZ, op. cit., p. 75 e 195 e FERRINI, recensione a Grandenwitz, op. cit., in *Arch. giur.*, XL, p. 167; il quale dice giustamente che « a cominciare da « *sed ut expediatur* » comincia una delle più evidenti e più infelici costruzioni bizantine, che si contengano nelle *Pandette* ».

(3) L'interpolazione segnata è provata dall'ASCOLI, *Bull. dell'ist. di dir. rom.*, VI, p. 203, e dal LENEL, *Paling.*, Celso, 237. I, 163, n. 9.

8. — D. 11, 3, 16 Alteno Varo, *lib. 2 dig.*

« Dominus servum dispensatorem manumisit, postea rationes ab eo accepit et cum eis non constaret, comperit apud quandam mulierculam *pecuniam* eum consumpsisse: quaerebatur possetne agere servi corrupti cum ea muliere, cum is servus iam liber esset. respondi posse, [sed etiam furti de *pecuniis*, quas servus ad eam detulisset] ».

Il contenuto è classico (1); tuttavia non mi sembra infondato il sospetto di un'interpolazione, poichè *a)* l'aggiunta esce dai termini della questione che era se si potesse, dopo l'emancipazione (*cum is servus iam liber esset*), agire *de servo corrupto*; *b*) l'uso di *pecuniis* è anche maggiormente anormale di fronte al precedente *pecuniam* al singolare; *c*) non corrisponde alla esposizione di fatto la limitazione dell'*actio furti* a quei danari, che lo schiavo avesse portato alla donnetta, essendosi prima detto che tutto il disavanzo delle *rationes* era stato consumato con lei. Penso che l'interpolazione sia causata dal volere completare la norma giuridica in conformità al fr. di Ulpiano, 11, § 2 *eod. tit.* di poco precedente (2).

(*Continua*) FLAMINIO MANCALEONI.

SULL'ART. 908 DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

(N O T A)

Il debitore, che vuole definitivamente liberarsi da una obbligazione, eseguita l'offerta reale (art. 1259 cod. civ.), o anche il susseguente deposito della cosa dovuta (art. 1259 cod. civ. e 909 cod. proc. civ.), deve rivolgersi all'autorità giudiziaria, perchè dell'una o di entrambi dichiari la validità. Il creditore, alla sua volta, se crede di potere o dover mantenere ferma ed efficace l'obbligazione, può rivolgersi alla stessa autorità per far dichiarare la nullità dell'offerta e del deposito.

Dinanzi a quale autorità va proposta la domanda di convalida o di annullamento?

Grave dubbio si offre alla mente dell'interprete. Il nostro legislatore, per tener conto della opportunità di avvicinare la sede del giudizio al luogo in cui si trova l'oggetto della contestazione, in parecchi casi dispone che per alcune speciali con-

(1) Vedi per tutti PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto* (estratto dagli *Studi senesi*, vol. XVI), p. 58, nota 13.

(2) *Lib. 23 ad ed.*: « Quamvis enim autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere possumus.... ».

troversie sia competente il giudice del *luogo* in cui si è avverato il fatto che dà occasione all'azione.

Uno dei casi è quello dell'art. 908, il quale dispone: « Le domande di validità o di nullità dell'offerta o del deposito *devono* proporsi, con citazione in via sommaria davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'offerta o il deposito *furono fatti*, la quale sia competente per materia e valore, *salvo che siano proposte in via incidentale in un giudizio già pendente* ».

È noto: l'offerta reale si fa *nel luogo convenuto pel pagamento* (art. 1260, n. 6 cod. civ.); ma sempre che speciali circostanze non inducano a ritenere determinata da ragioni di carattere eccezionale la destinazione di un luogo *ad hoc*, si può fare *alla persona* del creditore, in qualunque luogo si trovi (Contra: Cass. Firenze, 26 novembre 1896, *Foro it.*, 1897, 340): si fa pure *alla persona* del creditore, o al suo *domicilio*, quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento (art. 1260 n. 6 cod. civ.), o quando per una circostanza sopraggiunta sia divenuto impossibile eseguirla ivi: si fa altresì al luogo scelto per la esecuzione del contratto (Mortara, *Manuale*, II, n. 900, p. 265, in nota).

Però le parole della legge non sono in tutto, come sembra a prima vista, assai chiare, perchè bisogna pure tener conto di un precedente, che pare fatto apposta per renderle oscure e di una certa tal quale imprecisione che è nella dottrina (1).

Il precedente è la relazione ministeriale al codice di procedura civile del 1854. In essa, al n. 91 (Collez. Gianzana, V, p. 393), è detto: « La cognizione delle quistioni sulla validità o nullità dell'offerta come del deposito, viene espressamente attribuita, per cansare dubbiezze a cui diede luogo il silenzio in altri codici usato, al tribunale del luogo in cui l'offerta ed il deposito furono fatti: ma ben si comprende che con questa definizione di competenza si accenna al caso ove si tratti di una principale domanda, perchè una domanda incidentale dovrebbesi di necessità proporre nel giudizio che già si trovasse pendente ».

Quanto alla dottrina, trovo che i nostri comuni commentatori, sulla falsariga del Carré, hanno tutti cura di insegnarci che significhi nella specie domanda principale e domanda incidente. « Cette demande », dice il Carré (qu. 2788), « est *principale*, lorsqu'au moment où elle est intenté il n'existe entre le créancier et le debiteur aucune contestation précédente à la quelle elle se rattache; elle est *incidente* lorsqu'elle est formée, pendant le cours

(1) Il cod. di proc. francese, all'art. 815, dispone: « La demande qui pourra être intentée, soit en nullité des offres ou de la consignation, sera formée d'après les règles pour les demandes principales: si elle est incidente, elle le sera par requête ». D'onde la questione, se la legge consideri qui la sola forma dell'atto, e perciò la competenza, trattandosi di domanda principale, resti al giudice del domicilio del debitore o a quello del domicilio del creditore, secondo che la domanda sia per la nullità o per la validità della offerta e del deposito (Thomine-Desmazures, *Pr. civ.*, n. 995; Rodière, *Tr. de la comp. et de la proc.*, II, pag. 395), o addirittura attribuisca la giurisdizione al magistrato del luogo dell'offerta o del deposito, considerato sempre il creditore come convenuto (Carré, *L. de proc. civ.*, qu. 2790).

d'une instance, sur une contestation à laquelle elle se rapporte ». E, alla base di questa nozione, appena accade di trovar che si dica come la domanda principale si proponga con atto formale di citazione e quella incidentale con istanza notificata da patrocinatore a patrocinatore, o come la domanda incidente, fatta nello stadio di esecuzione, debba esser presentata all'autorità dinanzi a cui si fa l'esecuzione (che sarebbe quella designata all'art. 570 pr. civ.), perchè « il giudizio esecutivo deve ritenersi principale, del quale quello dell'offerta è incidente » (Borsari, Gargiulo, Cuzzeri, Mattei, rispettivamente all'art. 908; Saredo, *Istit.*, n. 1373; Pisanelli, *Comm.*, ediz. Galdi, VII, n. 1417 e n. 1421; Pateri, *Procedimenti speciali*, II, n. 435 e *Gli atti della proc. civ.*, IV, n. 504 (1). Il Borsari aggiunge un esempio: « Tizio ha citato Caio al Tribunale di Verona, che è il luogo del suo domicilio; Caio intende liberarsi di un'obbligazione che lo vincola di maniera che non può muovere una riconvenzionale contro l'attore, se prima non scioglie quel debito. Onde si decide a fare un'offerta reale ch'egli deve eseguire al domicilio dello stesso attore che è a Mantova. Competente a conoscere della validità o invalidità di questa offerta è il tribunale avanti cui pende la lite, quello di Verona ». Solo il Mortara (op. cit., II, n. 903, p. 267), preciso, come sempre, anche qui, pone apoditticamente la regola, che, quando esiste lite fra le parti, il giudizio sulla validità dell'offerta reale e del deposito « *diviene accessorio alla lite già pendente* e si propone dinanzi il magistrato investito di questa, se anche ne conosca in sede di appello o di rinvio, o di opposizione, o di revocazione (2) ».

Tutto ciò a me sembra assai poco, e quel ch'è peggio, inaccettabile. L'art. 908, data la sua importanza pratica, merita maggiore attenzione ed una più adeguata interpretazione.

Il legislatore nostro, stabilendo in modo imperativo (*devono*) *una competenza territoriale speciale* per le domande di convalida o di annullamento delle offerte reali e dei depositi, ha voluto evitare che fosse intesa la legge come divieto di proporre le domande medesime, in via incidentale, in giudizi già pendenti. La salvezza di cui alla seconda parte dell'articolo bisogna intenderla in correlazione della prima parte, e significa: malgrado la competenza *territoriale* speciale stabilita, resta sempre salva la possibilità di proporre la domanda di convalida o di annullamento in via incidentale in un giudizio già pendente. E quindi se vi sia *obbligo* o *facoltà* di proporre simili domande come incidenti, in un giudizio già pendente, bisogna ricercarlo non nel-

(1) Contra, giustamente, il MORTARA (op. cit., II, n. 903, pag. 267) opina che le forme del rito sono sempre eguali: la domanda di validità o di nullità dell'offerta o del deposito si propongono con citazione in via sommaria.

(2) Però lo stesso MORTARA (op. e loc. cit.) è costretto ad aggiungere: « Se la causa principale fosse innanzi la Corte di cassazione, non potendosi a questa magistratura sottoporre la cognizione di una domanda nuova, sarebbe mestieri seguire la regola di competenza data per la prima ipotesi », ossia pel caso che tra l'offerente e il creditore non esista alcuna controversia.

l'art. 908, ma nelle regole generali di procedura circa gl'incidenti e circa la competenza.

Si ponga mente da prima al concetto che degli incidenti generalmente accetta la dottrina: « Le controversie che nascono o vengono occasionate dalla domanda principale, e che si promuovono sia dalle parti fra loro, sia fra esse e i terzi, sono domande *incidenti* » (Mattirolo, *Dir. giud. civ.*, III, 4.ª ed., nn. 664 e 665; Borsari, *Comm. all'articolo 181*; Saredo, op. cit., n. 507). Sarà facile dedurne che potrà sorgere, poniamo, come incidente di un giudizio di cognizione o di un giudizio di esecuzione la domanda di convalida di un'offerta reale o del deposito, o perchè le more troppo protratte di un giudizio cavilloso farebbero altrimenti perdere al debitore i benefizi che gli possono derivare dall'art. 1259 cod. civ., o perchè il debitore riconoscesse più conveniente troncare ogni dispendiosa procedura esecutiva contro di lui, mentre il creditore potrebbe essere un accanito e incontentabile avversario. La competenza in questi casi (salvo il valore e la materia) spetterebbe, malgrado la regola speciale dell'art. 908, al giudice che ha la cognizione, o presso il quale pende il giudizio principale di esecuzione. Avrebbe negato i motivi di utilità e di convenienza, che hanno dettato l'art. 908, se il legislatore non avesse fatto in ultimo una simile salvezza.

Però, passando alle regole della competenza, non si può sconoscere che il rapporto di *incidente* a *principale*, può essere in alcuni casi, ma non è sempre identico a quello di *accessorio* a *principale*. La domanda di convalida può essere un incidente di un giudizio già pendente, ma per esserlo sempre, dovrebbe essere di essa un accessorio: solo in questo caso, pendente un giudizio a cui l'offerta o il deposito si riferiscono, la domanda di convalida dovrebbe proporsi dinanzi all'autorità presso la quale il giudizio pende. Oltre la regola dell'art. 99 (l'azione *accessoria* è proposta davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale), nessun'altra potrebbe obbligare a proporre la domanda di convalida dinanzi all'autorità presso la quale pende il giudizio cui si riferisce l'offerta. Ebbene, non pare che la convalida o l'annullamento di un'offerta o di un deposito sia una vera e propria azione accessoria. Il carattere di azione principale e quello di azione accessoria dipendono dalla natura intrinseca delle azioni, dai rapporti che intercedono tra l'una e l'altra, dall'influenza che l'una sull'altra esercita. Il Mortara (op. cit., I, n. 181, pag. 143) dice azioni *accessorie* quelle « che *fra le medesime persone* sono una conseguenza od emanazione secondaria dello stesso titolo da cui scaturisce l'azione principale ». Si noti: di due obbligazioni, l'una dev'essere considerata principale e l'altra accessoria, allorchè la prima è il fondamento su cui poggia la seconda (Polacco, *Le obbl. nel dir. civ. it.*, Padova, 1898, n. 46, pag. 131; Aubry e Rau, *Cours de dr. civ.*, IV, § 104, pag. 91 De Crescenzio, *Obblig.*, nell'*Enc. giur. it.*, n. 328, pag. 339; Serafini, *Ist.*, II, § 106, pag. 23). Il codice civile ci dà esempi d

obbligazioni accessorie negli articoli 1209 (clausola penale), 1898 (fideiussione), 1878 (pegno), 1151 (danni ed interessi). A questa stregua, di due azioni, si dice principale quella che costituisce il fondamento del giudizio ed ha una esistenza propria ed indipendente, accessoria quella che présuppone già un'altra azione principale, senza della quale non è. Di questa specie di azioni accessorie, alcune, come le dimande dei frutti, degl'interessi, dei danni per mancanza di soddisfazione di una obbligazione, essendo dipendenti dalla stessa causa dell'azione principale, sono piuttosto domande accessorie per continenza di causa che azioni distinte per la causa. Altre, come l'azione per la fideiussione, quella per il pegno, quella per la clausola penale, sono vere azioni accessorie, distinte per la causa, ma collegate per il fatto che presuppongono la sussistenza dell'azione principale. Diverse da tutte sono poi quelle azioni che, distinte per la causa, sono accessorie rispetto ad altre, solo perchè si svolgono in uno stesso giudizio (es. un'azione in riconvenzione, una chiamata in garenzia, un'azione per intervento quando si fa valere un diverso rapporto giuridico); nei quali casi si ha una semplice connessione di cause distinte (Vedi in Viti, *Ist.*, I, n. 93, pag. 83 e Mattirolo, op. cit., I, n. 28 e 328). Or bene dov'è mai tra la domanda di un credito e quella di convalida della relativa offerta reale il vincolo necessario di connessione, che presenta, per es., l'azione personale per la restituzione dei frutti rispetto all'azione vindicatoria, o quello di dipendenza, che presenta l'azione contro il fideiussore rispetto a quella contro l'obbligato principale (art. 1899, 1907 e 1908 cod. civ.) e l'azione pel pagamento della penale pattuita rispetto a quella sulla sostanza (art. 1210 cod. civ.) o sulle modalità (art. 1213 cod. civ.) della obbligazione principale? E così, in che modo la risoluzione di un giudizio principale già incoato può influire, non dicesi sull'esito, ma sulla risoluzione della domanda di annullamento o di convalida dell'offerta di ciò che in quel giudizio si controverte? Invece la convalida toglierebbe ogni interesse al proseguimento del giudizio, sia esso di cognizione, sia di esecuzione, e diverrebbe una eccezione di qualità e perentoria. A chi ben guardi, il tema della lite sui due giudizi è sempre diverso ed indipendente. In sede di convalida o di annullamento non si discute della obbligazione (*an* o *quantum debeatur*), non si tratta della sua esecuzione forzata: si discute e si tratta invece della liberazione dalla obbligazione e delle condizioni del duplice atto col quale la liberazione si vuole raggiungere e che si trovano stabilite agli articoli 1260 e 1261 del cod. civ. Tra queste condizioni v'è che la offerta dev'essere completa. Ed io non devo qui dire che gli stessi sostenitori della validità della offerta reale per debiti illiquidi non suppongono che la liquidazione possa farsi in sede di convalida. Il Giorgi, per esempio (*Teoria delle obblig.*, VII, n. 269), dice che il debitore, nel caso « che siasi inutilmente adoperato per ottenere la liquidazione amichevole o giudiziale, a bello studio procrastinata ed elusa dal creditore », offrendo « una somma approssimativa, accompagnata dalla ri-

serva di supplire », potrà ritenersi liberato, « salvo che il creditore dimostri *incontanente* l'insufficienza della somma offerta ». Nè devo aggiungere che il mio ragionamento non è ostacolato da tutti quei casi così frequenti, in cui una controversia possa trovarsi *connessa* ad una causa già pendente davanti un'altra autorità giudiziaria, e per i quali provvede l'art. 104 del codice di proc. civ.

Questo, indipendentemente dalla questione, che si dovrebbe pur fare, allo scopo di sapere, se il legislatore, mentre nella prima parte dell'articolo 908 ha derogato alla competenza ordinaria *territoriale*, abbia poi, con le semplici parole *salvo che siano proposte in via incidentale in un giudizio già pendente* (riconosciuta la natura accessoria dell'azione), inteso nientemeno di derogare anche alla competenza per materia e valore e a quella per grado. È vero che una dottrina accreditata ritiene che quando si tratti di questione accessoria ad altra principale, si deroga anche alle norme di competenza per materia o valore, e cita, per esempio, una larga giurisprudenza che ha deciso essere il pretore competente a giudicare dei danni derivanti da sofferta turbativa o spogliazione di possesso anche quando tali danni ascendono a somma superiore a 1500 lire (Mattirolo, I, n. 942, pag. 810 e la giurisprudenza ivi citata; Mortara, I, n. 181, pag. 143; Lessona, *Manuale di proc. civ.*, Milano, 1900, n. 66, pag. 76 (1). Ma già il Pisanelli, che più e meglio di altri si occupa della cosa, commentando il codice sardo del 1859, avverte (op. cit., n. 1222) che se dalla disposizione contenuta ora nell'art. 908 cod. di proc. civ. sono state assoggettate a modifica le regole di competenza in quanto al luogo, non può dirsi lo stesso per quelle che riguardano il valore. E si esprime: « La derogazione alle regole importantissime e generali di giurisdizione non vuol essere desunta da una espressione vaga ed indeterminata » (2). Ed è poi tale il rigore con cui il nostro legislatore intende il vincolo di accessorietà per il quale è obbligatorio adire il giudice dell'azione principale, che ha creduto disporre nettamente, e con parole tutt'altro che suonanti una semplice salvezza, in un caso (del quale si serve anche per la sua tesi la dottrina testè accennata) in cui si sarebbero pure potuti trovare mille rapporti ed una indubitata influenza di un'azione sull'altra. Parlo della denunzia di nuova opera e dell'azione di danno temuto. L'azione di denunzia di nuova opera

(1) Contrariamente però il PESCATORE (*Giornale delle leggi*, 1871, pag. 78) scrisse che « il rapporto di accessorio e principale fra due azioni, non importa altra cosa, che una semplice connessione di causa, inetta sempre a variare le competenze stabilite per ragione di materia. Conf. CUZZERI, 2.ª ediz., sull'art. 99; RICCI, *Comm.*, I, n. 199; SORGENTE, *Sommari*, I, pag. 155. Conf. altresì PISANELLI sul cod. di proc. civ. (Collez. GIANZANA, I, n. 87, pag. 59).

(2) Inoltre, il tribunale di Ancona, a 10 gennaio 1865 (*La Legge*, V, 535) decise: « La semplice disputa sulla validità di una offerta è di competenza del giudice civile quand'anche l'offerta concernesse una obbligazione commerciale. Ciò quand'anche l'offerta siasi fatta in pendenza di lite al tribunale commerciale sull'obbligazione mercatoria relativa ».

e di danno temuto sono sempre legate ad un giudizio principale, possessorio o petitorio, e mirano esclusivamente ad ottenere un provvedimento d'indole straordinaria, che lascia intatta l'azione, petitoria o possessoria, la quale, se non venne già prima intentata, dovrà necessariamente proporsi dopo il provvedimento provvisorio del pretore. Eppure, con tutto ciò, il legislatore ha creduto di stabilire espressamente (art. 938): se penda tra le parti un giudizio che abbia connessione con l'oggetto della denunzia, questa si *deve* proporre in via d'incidente nel giudizio medesimo.

Quanto alla competenza per grado, se l'art. 490 capov. 1.° proc. civ. permette che « nel giudizio di appello possono domandarsi gl'interessi, i frutti, gli accessori scaduti dopo la sentenza stessa », e l'art. 103 del detto codice dispone che « le azioni per il pagamento di spese giudiziali, di onorari ai procuratori e periti, di diritti ai cancellieri, agli uscieri, e di salari o mercedi ai tipografi, e simili, sono di competenza dell'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione alle dette azioni », non resta men vero che la competenza per ragione di grado, alla stessa guisa che quella per ragione di materia e di valore, è assoluta ed immutabile. E le eccezioni degli articoli 490 e 103 testè ricordati, collo speciale carattere di accessorietà che presentano, come sopra è pur detto, le cose in esse menzionate (1), non infirmano la regola.

Queste ragioni fanno ritenere che l'azione di convalida dell'offerta reale o del deposito deve proporsi dinanzi al giudice competente per materia e valore del luogo in cui l'offerta o il deposito furono fatti: va anche proposta in via incidentale al giudice presso il quale sia pendente un giudizio a cui l'offerta o il deposito si riferiscono: in ogni caso restano integre le regole della competenza per materia e valore e per grado. Quindi, stando l'esempio del Borsari, se Tizio avesse iniziato giudizio di esecuzione immobiliare, per la somma dovutagli da Caio, la quale fosse inferiore a lire 1500, e Caio facesse offerta reale, bene sarebbe adito per la convalida il pretore di Mantova, invece che il tribunale dinanzi al quale fosse pendente il giudizio di esecuzione. Non osterebbe la pendenza del giudizio medesimo. Non potrebbe poi addirittura adirsi per la convalida il tribunale, qualora questo si trovasse come giudice di appello, adito per l'obbligazione alla quale la offerta si riferisce.

AVV. VINCENZO GALANTE.

---

(1) Si ricordi: « Il provvedimento del giudice delegato col quale si tassano le spese, è *parte integrante della sentenza* che pronunzia la condanna nelle spese, costituisce di questa sentenza il necessario complemento, e forma con la medesima un sol tutto ». E ancora: « La sentenza che pronunzia sul reclamo dal provvedimento liquidante le spese di un giudizio di *secondo grado è inappellabile*; se invece il reclamo venne sporto al tribunale *di prima istanza*, la sentenza che pronunzia sopra il medesimo sarà ancora suscettiva di appello ». (MATTIROLO, op. cit., IV, nn. 223 e 225).

PER LA RIFORMA
DELLA
PROCEDURA PENALE

RELAZIONE

del giudice Cavagnari sui seguenti temi dei *Principii della Commissione ministeriale*.

(*Continuaz. — Vedi N. 1*).

Competenza.

Competenza dei giurati. — È un'antica convinzione che nelle presenti *condizioni sociali* e politiche la giurìa, considerata come *istituzione giuridica* o più propriamente *giudiziaria*, è un assurdo, mentre considerata come *istituzione politica*, è una provvidenza.

La Commissione ebbe ad osservare che il giurì è un istituto di carattere essenzialmente giuridico. Ciò non contraddice però in sostanza alla mia affermazione, perciocchè col dire che il giurì come istituto politico è una provvidenza, mentre come istituto giuridico è un assurdo, intendo di dire che lo stato delle condizioni politiche odierne lo rendono una delle maggiori guarentigie politiche, poichè la coscienza pubblica ha più larga fiducia nei giudizi dei più gravi reati e dei reati politici nei giudici popolari, anzichè nei giudici togati.

Non diversamente è in sostanza l'apprezzamento della Commissione, dove dall'ex guardasigilli Bonasi e dal prof. Lucchini si disse che la *ragione politica* sta nel conservare la giurìa appunto come istituto giuridico. Ma da qual punto di vista, sotto quale aspetto venne il giurì considerato dalla Commissione istituto giuridico?

Sotto l'aspetto del *fatto*, del *senso pratico*, dell'*oralità*, il primo come *contenuto*, il secondo come *mezzo e motivo*, e il terzo come *ambiente* del giudizio per giurati.

Disse l'on. Lucchini:

« Ha carattere essenzialmente giuridico per essere fattore necessario del giudizio il fatto, giudizio del fatto che per essere completo e rispondente al vero, richiede il *senso pratico* del giudice popolare che, uscendo dalla società, porta nell'apprezzamento di esso e delle prove una più perfetta conoscenza dell'ambiente in mezzo al quale il reato fu commesso, dei moventi a delinquere ».

Disse il prof. Brusa: « Il giurì è istituzione essenzialmente giuridica, perchè si collega al principio dell'oralità, che è uno dei principali fattori del giudizio penale. Il centro di gravità del

processo è la prova, la quale, affinchè nei giudizi penali sia atta a convincere e possa essere accettata come manifestazione del vero, deve essere orale ».

Forse è più esatta l'opinione, pure enunciata nella Commissione, che il giurì è un istituto giuridico-politico. Ma fu anche qualificato il giurì come istituto essenzialmente giuridico, perchè ad esso è affidato non solo il giudizio dei delitti politici, ma ancor quello dei più gravi delitti comuni, e perchè la competenza a conoscere dei delitti politici è ripartita fra i giurati e fra i magistrati.

Senonchè parmi che in queste qualificazioni non tutto sia vero ed esatto, e che esse partano piuttosto da un concetto formale ed estrinseco, che da un concetto sostanziale ed intrinseco, e che da qualcuna di esse si debba dedurre invece la natura politica dell'istituto.

Infatti il principio dell'oralità, col quale si collega il giurì, è prima un principio politico che giuridico, essendo stato il giurì considerato e introdotto come *garanzia politica.* Così quel senso pratico, quel senso o criterio della realtà, che l'on. Lucchini addita come la guida e la virtù somma del giudizio pei giurati, non è punto giuridico, ma politico, perchè esso sta come impulso, come energia, come forza fondamentale, spontanea, motrice di tutta la vita politica, e scaturiente dalla stessa fonte della sovranità popolare.

Giuridico pel contrario è il giudizio del magistrato, perchè sono criteri tecnici, giuridici, specifici che lo elaborano, lo determinano, lo plasmano, criteri dedotti da cognizioni e da esperienze particolari, abituali, professionali, riflessi. Ed è da questo punto di vista del modo di formazione del giudizio che va apprezzata la natura e il concetto dell'azione, a cui la funzione di quel giudizio è affidata. Ora, così considerato, niuno vorrà negare che giuridicamente il giudizio per giurati sia un assurdo, in quanto si venga per esso ad affermare la contraddizione che tanto più sarà vero e solido e autorevole un giudizio, quanto più esso si allontanerà dal modo giuridico di formazione ed elaborazione sua, cioè dalla stessa riflessione e maturità di indagine e di decisione, le quali condizioni invece saranno seguite per giudizi di fatti meno gravi e meno importanti.

Ho detto già che è forse più esatto il qualificare il giurì come istituto giuridico-politico. Ma mi permetto di credere che sia preferibile il silenzio sulla sua natura, che parmi con maggiore verità indefinibile, *sui generis,* tutta speciale. Importato, riconosciuto, regolato quasi per una fatalità storica, di esso si può dire, come di molte altre istituzioni, anche di ordine superiore, esisto perchè esisto, sono perchè sono; non cercate donde vengo e dove vado; non cercate i miei vizi e le mie virtù; amatemi o odiatemi; sono quel che sono.... *di più non dimandare.*

Ciò posto, è pienamente oziosa la questione della sua conservazione o abolizione.

Ormai non si può mettere più seriamente in dubbio che debba

conservarsi perchè introdotto, cresciuto in Italia colle istituzioni colle libertà, colle guarentigie, frutto dell'indipendenza e della ricostituzione politica; troppo quindi collegato cogli inizii, coi fini, colle glorie, colle vicende, colla storia della nostra vita politica, perchè si possa di proposito pensare ad abolirlo.

Così non si può mettere in dubbio che la giurìa va quanto meno conservata per il giudizio dei delitti politici, giudizio che virtualmente le appartiene. Verrà però tempo nel quale anche la discussione su questo punto sarà riaperta con vantaggio, perchè parmi che le condizioni organiche della magistratura togata siano avviate a procacciarle quei requisiti d'indipendenza, di progressiva adattabilità, che ora si credono riscontrare unicamente nei giudici popolari, nella cognizione dei reati politici.

Anche su questo tema, nel giudicare l'opera della magistratura, si commette il grave errore di considerare questa, come se fosse un corpo isolato, staccato dal resto dello Stato, chiuso ad ogni azione del progresso, incapace di energie, rivelanti la giusta comprensione dei tempi e dell'ambiente, e come se questo e non altro dovesse essere eternamente il suo fato.

Se invece si riflettesse che lo spirito evolutivo ha e avrà sempre più su di essa la sua benefica influenza, benchè più lentamente, a cagione della natura e dei fini particolari dell'istituto, se si riflettesse che l'apprezzamento dell'idoneità, diremo in certo senso, politica, della magistratura, va fatto non sul vecchio modello del magistrato, ma sul nuovo, quello cioè che si è formato nell'ambiente moderno, se si riflettesse e ripeto, qui la considerazione già fatta, che bisogna nel valutare le attitudini e l'importanza delle istituzioni, tenere conto dei coefficienti essenziali del sindacato dell'opinione pubblica, della stampa, del Parlamento, insomma dei coefficienti di una società, costituita in ordini liberi e continuamente progressivi, se si pensasse a tutto ciò, parmi che assai meno sfavorevole riuscirebbe il giudizio, sotto questo aspetto, della magistratura, la quale verrebbe quindi a rispecchiare e ad esprimere la coscienza pubblica in tutte le sue evoluzioni, certo però non in modo impulsivo, come spesso avviene nel giudizio dei giurati, ma in modo riflesso, così come si deve verificare in uno stadio evoluto della vita sociale.

Ma nelle condizioni odierne degli ordini giudiziari e dell'opinione pubblica sarebbe forse vano e dannoso resistere alla corrente favorevole ai giudici popolari e contraria ai giudici togati.

Sino a pochi anni or sono la tendenza verso la competenza della giurìa era però più per restringerla che per accrescerla. Ma oggi invece prevalse la tendenza più larga.

Infatti si propone nel progetto che tenute ferme le disposizioni dei numeri 1, 2, 3, 4 dell'art. 9 del vigente codice, e salvo alla Sottocommissione di studiare e preparare se vi siano altri delitti che per la propria indole meritino di entrare nella competenza esclusiva della giurìa, *qualunque sia la pena, la competenza medesima deve essere determinata dal massimo della pena,* stabilita nel codice penale superiore ai dieci anni.

Tuttavia quella tendenza si arresta ad un tratto, la restrittiva torna ad avere il sopravvento, stabilendosi dal progetto — che si debbono escludere dalla competenza della Corte d'assise in ogni caso — i ***delitti che per difficoltà nascenti da prove tecniche*** (documentali) o, per la loro indole, strettamente tecnico-giuridica, convenga lasciare al giudizio dei giudici togati.

Dunque da un lato si vuole ampliare, dall'altro si vuole limitare la competenza dei giurati.

L'ampliamento avverrebbe pei reati d'indole sociale, come alcuni delitti contro la incolumità pubblica, e l'amministrazione della giustizia, nei quali, come osservò il prof. Stoppato nella Commissione, ***il voto della giurìa ripercuote la coscienza sociale.*** La restrizione avverrebbe pei reati contro la fede pubblica, che richiedono indagini d'indole tecnica, e che non è opportuno di attribuire, così lo stesso Stoppato, alla cognizione dei giudici popolari, i quali si possono facilmente ingannare nell'apprezzamento del fatto.

Mi pare erroneo il criterio che determina questa distinzione. Il criterio della rappresentazione o ripercussione della coscienza sociale nel verdetto ha valore unicamente per i reati politici. Se si vuole estenderlo ai giudizi per i reati contro l'incolumità pubblica o contro l'amministrazione della giustizia, non si comprende perchè non debba essere accolto pei giudizi di tutti i reati in genere, nei quali giudizi ugualmente si rispecchia la coscienza sociale, inquantochè tutto quanto appartiene alla giustizia penale ha appunto il suo fondamento nelle tendenze della coscienza sociale, e la giurisdizione penale trova la sua ragione di essere principalmente nella difesa dell'interesse collettivo, dove bisogna interpretare, assecondare la coscienza sociale medesima.

Tanto varrebbe quindi alla stregua della considerazione della coscienza sociale, affidare ai giurati la cognizione di tutti i reati, ed anche delle contravvenzioni, dove, come è noto, è essenziale l'elemento politico-sociale.

Quella considerazione andrebbe messa da banda, e solo dovrebbe prevalere quella della pena. Molto giustamente fu osservato nel seno della Commissione che, salvo i casi preveduti nei primi quattro numeri dell'art. 9 cod. proc. pen., bisogna avere riguardo esclusivamente alla pena, giacchè, quando la pena è grave, la dichiarazione di reità deve emanare dalla coscienza popolare.

Osservazione saggissima, perchè essa ci dà l'idea esatta del valore della coscienza popolare nella repressione della delinquenza. La coscienza popolare si manifesta positivamente, certamente, direttamente nel calcolare la gravità del reato, in ragione della pena comminata; non così pel tramite ideologico, astratto, incerto, mutabile dell'indole del delitto.

Queste considerazioni valgono anche per dimostrare l'erroneità del criterio, assunto per l'esclusione dalla competenza dei giurati i delitti che richiedono indagini d'indole tecnica, inteso il tecnicismo secondo la spiegazione data dall'on. Finocchiaro-

Aprile, e cioè, nel senso che il complesso del fatto metta capo in indagini e prove per le quali occorrono cognizioni tecniche.

Già nel seno della Commissione fu rilevato contro questo criterio che se si è manifestata fra i membri della stessa Commissione una tendenza contro il giurì tecnico nelle questioni di veneficio e di infermità di mente, credendosi il giurì ordinario capace di definirle, non si comprendeva perchè si volesse sottrarre alla giurìa la cognizione di quei reati che importano indagini meno difficili. Così si farebbe una casuistica incompleta, perchè una enumerazione precisa sfugge alle previsioni del legislatore.

Si deferiranno ai giudici permanenti tutte le falsità in atti e la bancarotta fraudolenta; ma nelle perizie balistiche si giudicherà il giurì capace di risolvere la questione della volontarietà o involontarietà?

Altre considerazioni si possono aggiungere contro quel criterio.

Le indagini tecniche, le cognizioni tecniche occorrono in altri delitti oltre quelli contro la fede pubblica, come negli omicidii, nelle lesioni, nei delitti contro l'ordine delle famiglie, contro il buon costume, ma occorrono principalmente nella indagine della stessa colpevolezza e responsabilità dell'imputato, pel contributo recato dalla ricerca psicologica e antropologica, che va anzi più aumentando di consistenza e d'importanza. Anzi queste ricerche dànno luogo a dispute, ad osservazioni così delicate e sottili, per le quali *a priori* dovrebbesi con maggiore ragione escludere l'attitudine intellettuale e morale dei giudici popolari.

Pertanto ripeteremo la domanda, già fatta relativamente al criterio dell'espressione della coscienza sociale; perchè si accetterà la coscienza sociale solo nel caso di giudizio dei reati contro la pubblica incolumità e contro l'amministrazione della giustizia, e non si accetterà negli altri giudizi, dove pure la voce di quella coscienza è potente?

La capacità tecnica, perchè si ammette nei giurati relativamente ad alcuni reati e per altri no, quando il giudizio sul così detto elemento morale del delitto, che deve farsi per tutti i reati, richiede spesso, e andrà sempre più richiedendo per l'avvenire, in virtù del progresso della psicologia, della psichiatria, dell'antropologia e di altre scienze, delle quali si va ognora più reclamando uua ragionevole applicazione nei giudizi?.

Di più, come si può ragionevolmente credere che ai giurati manchino le cognizioni necessarie per conoscere di un reato di bancarotta, o di falsità in atti, e simili, quando essi, più che dagli studi giuridici speciali, scaturiscono anche nel magistrato permanente, dalla sua esperienza personale, dalla pratica della vita, e quando il magistrato medesimo deve fare ricorso a perizie, come benissimo si può fare, e si fa sempre, anche nei giudizi dei giurati?

Concludendo, opino doversi ampliare la competenza dei giurati col criterio della pena unicamente e con quello di renderla

esclusiva pei delitti politici, riguardo ai quali occorre una ben chiara e precisa designazione, nella quale si comprendano alcuni fatti, che oggi sono invece di competenza dei magistrati permanenti.

Credo che in questa bisogna non sarà mai troppo esigere dal legislatore la massima sincerità e la massima precisione, affinchè non avvenga che con equivoche disposizioni, dettate da solo opportunismo politico, si sottragga alla cognizione dei giurati fatti che naturalmente vi appartengono, e così si attiri sulla magistratura odii, ostilità, censure che ne scemano l'autorità e il prestigio, facendola apparire quasi in contrapposizione colla giurìa, anzi un organo moderatore di questa per la tutela di interessi politici, un argine contro le correnti popolari.

Competenza dei pretori. — Relativamente alla competenza dei pretori credo si debba sopprimere senza discussione il rinvio, a sensi dell'art. 252 cod. proc. pen. Giustamente fu osservato che questo rinvio al difetto di far dipendere la competenza, che deve poggiare sopra norme fisse ed invariabili, dagli apprezzamenti diversi delle giurisdizioni istruttorie (ed anche dal grado di operosità e di solerzia del giudice istruttore), aggiunge due altri notevoli inconvenienti d'ingombrare gli uffici del Pubblico Ministero e d'istruzione di una congerie di processi, che, in ultimo, per ragione del rinvio stesso, vanno a finire nelle preture, dove ebbero origine, e di facilitare una serie di conflitti fra le giurisdizioni istruttorie e di merito, che debbono richiamare l'esame della Corte di cassazione.

Rendendosi il pretore, per virtù di legge, competente a giudicare non solo dei reati, che ora conosce per rinvio della camera di consiglio e del giudice istruttore, ma anche di altri reati, mentre la competenza si colloca sopra salde basi, si semplifica ed accelera la definizione dei reati.

Così la *pretorizzazione* dei reati va a raggiungere la sorte della *correzionalizzazione* soppressa dalle disposizioni complementari del nuovo codice penale.

Nel seno della Commissione vi fu un largo consenso a favore dell'aumento della competenza pretoriale fino al massimo di tre anni della pena restrittiva della libertà personale. Ma non fu approvato. Certo influì la considerazione della posizione dei pretori, e specialmente dei vice-pretori, potendo essere nominati a quest'ufficio dei semplici uditori o aggiunti giudiziari. Ma se trionferanno le proposte dell'on. Gianturco, sarà tolta una grave obbiezione all'ampliamento, pel quale parmi debbansi nutrire grandi simpatie.

Spostamenti di competenza. — Il progetto propone che molti reati, per la loro qualità, debbono essere attribuiti alla competenza del tribunale, non ostante che la legge stabilisca la pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo a due anni, e molti altri, che, pure importando pena maggiore, siano invece attribuiti, per ragione di opportunità, alla competenza del pretore, piuttosto che a quella del tribunale.

In sostanza la competenza verrebbe stabilita in base al criterio della pena e dell'indole dei reati. Per esempio, i reati commessi dai pubblici ufficiali a causa o nell'esercizio delle loro funzioni sarebbero da assegnarsi alla competenza del tribunale.

Le cose dette sopra in ordine ai criteri per la determinazione della competenza della Corte d'assise possono valere anche in ordine ai criteri della competenza pretoriale.

Deve prevalere il criterio della pena, che è il più positivo e il meno imperfetto. A parte l'interesse, sommo nell'amministrazione della giustizia, di evitare complicazioni e difficoltà nocive alla spedizione delle cause, parmi che questo spostamento delle rispettive competenze abbia l'aria di ricostituire le giurisdizioni speciali e privilegiate, di cattiva memoria, e abbia l'effetto di scemare il prestigio e l'autorità dei pretori, dei quali invece conviene accrescere vieppiù l'importanza.

Competenza del tribunale. — Nessuna ragione esiste per non fare buon viso al principio stabilito per la competenza del tribunale; ben si intende che in armonia colle nostre osservazioni non avrebbe senso la riserva fatta nel progetto di tenere ***salve le eccezioni*** sopra stabilite, vale a dire l'attribuzione della cognizione di parecchi reati a norma della loro indole o della opportunità o al pretore o al tribunale, ad onta dell'entità della pena.

Citazioni.

Principii generali. — La Commissione si è espressa per la realizzazione di questi principii.

Tenere distinta la citazione direttissima dalla citazione diretta, conservandosi sostanzialmente la prima.

Stabilirsi che la citazione diretta debba essere un metodo ***potestativo*** di procedimento avanti ai tribunali penali, mentre nei giudizi avanti i pretori deve costituire un modo ***obbligatorio*** di procedimento, e che la citazione direttissima sia un metodo potestativo nei giudizi dei pretori e dei tribunali penali.

Ricercare la convenienza di estendere la citazione diretta anche ad altri reati, oltre quelli di stampa, nei giudizi della Corte d'assise.

Dovere il Pubblico Ministero provocare il giudizio immediato, sempre quando ve ne siano tutti gli elementi, fra i quali la flagranza e la presenza dell'imputato in giudizio.

Accordarsi al giudice la facoltà di rinviare o prorogare il dibattimento, sopra domanda delle parti o di ufficio, per completarsi le prove, limitata ad una volta sola la facoltà di proroga o rinvio.

Accordarsi al tribunale, sulla istanza delle parti o di ufficio, quando lo giudichi necessario, la facoltà di rinviare la causa, perchè sia istruita nelle forme ordinarie.

Prescriversi al giudice, in caso di traduzione immediata, o di citazione direttissima, se l'imputato lo chiede, l'obbligo di

accordargli un termine di almeno tre giorni per proporre la sua difesa.

Riconoscersi nel magistrato chiamato a giudicare sulla citazione diretta tutta la giurisdizione sulla detenzione preventiva dell'imputato, salvo ed impregiudicato il metodo da doversi seguire, quando al momento in cui debbono essere dati i provvedimenti sull'arresto, il giudice non sia stato ancora investito di giurisdizione.

Accordarsi al procuratore del re, affinchè si determini alla citazione diretta, la facoltà di valersi degli atti raccolti dagli ufficiali di polizia giudiziaria e di commettere loro le ulteriori indagini; le quali indagini debbono avere il valore che è attribuito agli atti dei vari ufficiali di polizia giudiziaria.

Effetti di detti principii generali. — Da queste disposizioni ne escono chiari e precisi i due provvedimenti per citazione direttissima e per citazione diretta; ne esce specialmente ampliato e completato il primo, come ne escono rafforzate le attribuzioni del Pubblico Ministero e convenientemente contemplate e regolate le eventuali maggiori esigenze di istruzione, venendosi con ciò a riempire una deplorevole e deplorata lacuna nel sistema vigente e a togliere l'animo del giudice da un penoso conflitto fra l'interesse dell'imputato e quello della difesa sociale.

E sotto quest'ultimo aspetto vanno appunto segnalate le nuove norme che concedono al magistrato la facoltà della proroga o del rinvio pel completamento delle prove, per l'istruzione nelle forme ordinarie, per la preparazione adeguata della difesa dell'imputato.

La proposta relativamente alle prime due facoltà contiene un principio legislativamente nuovo, che deve però essere accolto con favore.

Facoltà e nuovi mezzi istruttori. — Il giudice deve avere la potestà di ordinare nuovi mezzi di istruzione all'udienza anche di propria iniziativa, e per quanto lo si voglia rendere passivo, vi sono facoltà insite all'esercizio del potere che non si possono distruggere.

Dando facoltà al tribunale, che con gli elementi di prova raccolti all'udienza non si sente sicuro di pronunziare la condanna o l'assoluzione, a disporre nuovi mezzi probatori, si fa cosa razionale e si eleva l'autorità del magistrato.

La necessità di nuovi mezzi istruttorii si può manifestare più frequentemente nei giudizi iniziati con la citazione diretta, i quali non sono preceduti da una larga istruzione delle prove, che non nei giudizi promossi con l'istruttoria, rispetto ai quali si può presumere che, compiuta l'istruttoria, ci sia nel giudizio penale quanto basta per promuovere l'assoluzione o la condanna.

Nei giudizi per citazione diretta non si può applicare il principio generale che le parti debbono affrontare il dibattimento preparate e non possono domandare l'ammissione di nuove prove. Qui l'istruzione si fa all'udienza; e se si avvertono lacune, è conforme alla realtà che si provveda a colmarle.

Se il principio accusatorio, fondamento del nostro sistema processuale penale, si deve intendere in armonia col fine che si vuole conseguire, cioè la scoperta della verità, devesi ammettere che il magistrato, compiendo un atto di giustizia, possa favorire lo scoprimento del vero mediante il sussidio di nuove prove; se non gli si consentisse questa facoltà, converrebbe rinunziare al sistema della citazione diretta, che reca pure grande profitto.

Può raramente avvenire che il magistrato riconosca una necessità non avvertita dalla parte; ma ciò non deve dispensare dal concedergliela. Le nuove prove devono essere esaminate e discusse, e per tal modo l'opera del giudice resterà fuori di ogni sospetto.

Inerentemente a questi concetti fu stabilito dalla Commissione nella parte relativa ai *giudici minori* che nei giudizi dei pretori debbono essere consentite identiche facoltà al magistrato giudicante relativamente all'assunzione di nuove prove d'ufficio o su richiesta delle parti; che pei giudizi dei tribunali l'assunzione di nuove prove debba essere disposta dal collegio; che in seguito all'esecuzione dei nuovi provvedimenti le parti debbono avere diritto di opporre nuovi mezzi di prova; che il magistrato può anche delegare all' espletamento delle nuove prove un altro giudice.

Del resto sono principii questi già esistenti nella nostra legislazione positiva, benchè in modo incompleto, come apprendesi dall'art. 341 cod. proc. pen. relativamente alle facoltà istruttorie del pretore, e dall'art. 363 successivo relativamente alle facoltà istruttorie del tribunale in sede d'appello dalle sentenze dei pretori e dalle disposizioni relative al giudizio avanti la Corte di assise.

A confortare la bontà del sistema proposto dalla Commissione è necessario di soggiungere che la questione dell'ammessibilità delle facoltà istruttorie dei tribunali correzionali non è nuova nè nella dottrina nè nella giurisprudenza.

E per limitarmi ad un cenno unico, ricorderò uno studio del chiarissimo prof. Impallomeni, già procuratore del re, pubblicato nel *Monitore dei Tribunali* del 1898 (pag. 62). In quello studio sono menzionate le decisioni giurisprudenziali che riconobbero quelle facoltà, e lo stesso Impallomeni svolge serii argomenti per sostenerle. Egli dice che provvedere ad una supplementare istruzione, al fine di compiere l'ufficio di valutare le prove, essenziali pel giudice, non è altro che provvedere per un retto giudizio; qui non è in questione il diritto delle parti di apprestare gli elementi della istruzione, ma l'ufficio distinto del giudice di ben giudicare. Condizione essenziale al giudice è la libertà di esame, e questa verrebbe certamente menomata, se al magistrato non fosse consentito di *dedurre dai risultamenti della discussione* i provvedimenti da lui stimati necessari ad una completa istruzione degli elementi della causa, per modo che egli fosse costretto ad assolvere o a condannare senza convinzione.

In quanto al modo di esercitare queste facoltà istruttorie, l'Impallomeni, argomentando anche dalla giurisprudenza, insegna che il tribunale potrebbe solo delegare a un giudice del Collegio giudicante ovvero al giudice istruttore per suo conto, od anche al pretore locale, le visite dei luoghi, con l'assistenza, beninteso, delle parti, mentre dovrebbe far svolgere le prove testimoniali e peritali avanti a sè stesso, in pubblica udienza.

Ricorderò da ultimo che il Saluto nel suo *Commento* al codice di procedura penale, vol. IV, § 10309 considera le facoltà istruttorie del pretore in corso del dibattimento, secondo il citato art. 341, ***quale l'effetto di un principio comune ad ogni giurisdizione.***

Uno scrittore in questi ultimi giorni propone che la soluzione, data dalla Commissione al passaggio dal provvedimento sommario al formale, dovrebbe completarsi colla facoltà del tribunale di ordinare il passaggio all'istruttoria formale, anche prima dell'udienza, quando gravi e non prevedibili ragioni lo consigliassero; ciò allo scopo di evitare all'imputato i danni della pubblicità, che si dovrebbe pur sempre affrontare col risultato di sentirsi dal Pubblico Ministero, dopo sentiti i testimoni in pubblica udienza, recedere dall'accusa.

Con questa facoltà il tribunale riesaminerebbe le informazioni su le quali il Pubblico Ministero ha promossa la citazione dire ta.

Altre delle modificazioni introdotte dalle proposte della Commissione, meriterebbero una particolare illustrazione; ma mi accontenterò di segnalare ancora le novità per la citazione direttissima.

Dalla discussione venne esattamente chiarito il concetto di questa forma processuale che nella legge vigente è mal definita per la troppo laconica ed incompleta disposizione dell'art. 47 cod. proc. pen.

Il carattere tipico di questo procedimento deve consistere nella traduzione immediata dell'arrestato dinanzi al giudice, escluso ogni accertamento preliminare delle prove, salvo quella dell'identità dell'imputato.

Se si procede ad un accertamento preliminare di prove, allora ha luogo la citazione diretta.

Dato questo concetto, non si saprebbe a prima vista spiegare la duplice ipotesi prevista dalla disposizione della Commissione, cioè, che in caso di traduzione immediata, o di citazione direttissima, se l'imputato lo chiede, il giudice gli deve accordare un termine di almeno tre giorni per preparare la sua difesa.

Senonchè la ragione della duplice ipotesi si trova, considerando che la Commissione volle allargare il concetto della citazione direttissima, stabilendo che non sempre è necessario l'arresto dell'imputato, ma basterà la di lui presenza in giudizio.

Condizione della citazione direttissima, disse il prof. Brusa, è la flagranza seguita dalla traduzione immediata dell'imputato all'udienza.

Ora, sempre che sia possibile, la citazione direttissima deve essere obbligatoria, e non solo quando l'imputato sia arrestato, ma anche se si sia costituito in giudizio spontaneamente.

Ma poichè sovente necessità di indagini preliminari per stabilire la competenza o le circostanze apparenti del reato, o l'assenza dell'imputato impediscono il giudizio immediato, era logico stabilire, come fece appunto la Commissione, che il Pubblico Ministero deve provocare il giudizio immediato, sempre quando ve ne siano tutti gli elementi, fra i quali la flagranza e la presenza dell'imputato in giudizio.

Sarebbe stato desiderabile che la Commissione non avesse escluso del tutto l'intervento del giudice istruttore pel compimento di alcuni atti, pur mantenendosi il carattere di procedimento sommario, inquantochè quell'intervento è pegno di maggiore guarentigia.

Non è giustificato il timore di possibili conflitti fra l'istruttore e il Pubblico Ministero, perchè il giudice non deve procedere che a qualche atto, mentre l'iniziativa e la responsabilità di esso resta tutta al Pubblico Ministero, e perchè l'esperienza ci ammaestra che questi conflitti sono assai rari, non tanto per acquiescenza dell'uno o dell'altro magistrato, quanto pel comune desiderio di procedere d'accordo nell'interesse della verità e della giustizia.

Ad ogni modo, è bene che le indagini raccolte debbano avere, siccome propone la Commissione, il valore attribuito agli atti compiuti dai vari ufficiali della polizia giudiziaria.

Infine, mentre col sistema vigente nella istruzione formale la libertà dell'imputato è garantita dagli istituti della conferma, della revoca e della perenzione della cattura, al pari che dal controllo periodico esercitato dalla camera di consiglio, e non vi è invece nessuna garanzia per i processi promossi mediante citazione diretta, così felicemente si propone dalla Commissione che il magistrato, chiamato a giudicare sulla citazione diretta, debba spiegare giurisdizione sulla carcerazione preventiva dell'imputato.

Citazione diretta nei giudizii della Corte d'assise. — Non mi fermerò sulla proposta, del resto assai riservata, della Commissione, per estendere la citazione diretta nei giudizi della Corte d'assise ad altri casi, oltre a quelli dei reati di stampa.

Io credo che il sistema attuale sia il preferibile. Se quel metodo si estendesse nei giudizi per giurati, si sconvolgerebbe tutto il sistema d'accusa. Bisogna considerare, ripeterò coll'onorevole Nocito, che nelle Corti d'assise o si trattano processi di carattere politico, e sarebbe pericoloso un giudizio senza istruzione preliminare, ovvero cause d'altra indole, ma così gravi, che un preventivo esame istruttorio mutuo è indispensabile.

Certo per altro che non è trascurabile l'esempio datoci dall'Inghilterra, dove quando l'imputato è confesso, il giudizio non è preceduto dal verdetto del gran giurì e dal codice norvegese, che in caso di confessione dell'imputato e corroborata da altre

informazioni, ammette che la causa si possa, col consenso dell'imputato e a certe condizioni, portare subito a giudizio, senza formale accusa e senza intervento di scabini.

Giudizio di cassazione.

Il progetto in questa materia reca notevoli modificazioni manifestamente inspirate all'intento di rendere più efficace il rispetto della legge e più attiva la tutela dell'innocenza, e nello stesso tempo più autorevoli i pronunciati della Suprema Corte.

Sezione dei ricorsi. — Viene prima, in ragione d'importanza, l'istituzione di una Sezione, la quale giudichi dell'ammessibilità dei ricorsi in camera di consiglio, mediante il contradditorio scritto fra le parti nei casi che saranno stabiliti. Questa è la *Sezione dei ricorsi*, che vige con profitto presso altre legislazioni.

Essa ha il doppio scopo di sottrarre alla solennità del pubblico giudizio tutta quella congerie di ricorsi, i quali si producono soltanto per sospendere l'esecuzione delle sentenze, e che o non sono ammissibili in rito, perchè, ad esempio, sforniti del deposito e dei motivi, ovvero riguardano fatti i quali sono smentiti dal verbale d'udienza, come se si deduca la nullità delle deposizioni testimoniali, allegando che i testimoni non giurarono, mentre dal verbale risulta che prestarono il giuramento. Tale istituto servirebbe a risparmiare giudizi inutili; imperocchè la discussione dei ricorsi in pubblica udienza dovrebbe essere preceduta da un esame della Corte in camera di consiglio rispetto alla loro ammessibilità, previa la notificazione della *resquisitoria* del procuratore generale all'avvocato del ricorrente e la risposta del difensore; il quale esame, spazzando via, senza indugio, i ricorsi dilatorii, varrebbe a raccogliere la discussione pubblica ed orale sopra quelle che veramente la meritano.

Si è lasciato alla Sottocommissione il cómpito di stabilire *i casi e i modi*, nei quali e coi quali si deve estrinsecare il giudizio sull'*ammessibilità* dei ricorsi.

Però dalla discussione della Commissione si può con fondamento argomentare che spettino alla Sezione dei ricorsi tutte le questioni di *ammessibilità*, sia per *ragione di rito* che *di materia*. Il che è confermato dall'intendimento espresso che l'ufficio di quella Sezione debba estendersi oltre i termini troppo ristretti della legge 12 dicembre 1875 relativa ad analoga Sezione presso la Corte d'appello, e che, come ebbe ad osservare il senatore Canonico, necessita preoccuparsi del bisogno di sollevare la Corte di cassazione all'altezza che deve mantenere, e a raggiungere il quale fine occorre che pervengano all'udienza i soli ricorsi meritevoli di studio, prescrivendo che gli stessi non vengano portati all'udienza non solo quando sono evidentemente inammessibili in rito, ma anche quando devono essere evidentemente rigettati nel merito, come quando contengono motivi generici, ovvero pog-

giano sopra fatti smentiti dal verbale di udienza, o dagli altri atti del processo.

Nullità d'ufficio. — Un'altra novità, degna di lode, è la facoltà accordata al Pubblico Ministero e alla Corte Suprema di elevare *d'ufficio* i motivi di cassazione.

Con questa facoltà si viene ad integrare il concetto della Corte di cassazione; il principio che la ispira sta nell'impedire che la sentenza contraria alla legge abbia esecuzione. È certo contradditorio e strano che la Corte, quando si accorge che la legge è stata violata, debba lasciar passare l'errore senza correggerlo.

Disse benissimo il prof. Brusa: « Volere che il magistrato, quando si avvede che vi è un vizio nella sentenza, passi oltre, è fare violenza alla sua coscienza ».

Reputati codici stranieri hanno accolto questo istituto. La nostra giurisprudenza ha riconosciuto alla Corte di cassazione la facoltà di annullare le sentenze di ufficio con due notevoli sentenze della Corte Suprema di Torino del 19 gennaio 1870 e della Corte Suprema di Firenze del 16 febbraio 1870.

Preesistevano tradizioni legislative, che si assicura ebbero praticamente successo, come quelle della Corte napoletana prima e dopo la Convenzione francese.

Tuttavia ebbe ragione la Commissione di non dissimularsi le difficoltà che si frappongono a tradurla in atto e di raccomandare alla Sottocommissione di mettere riparo agli sconci ed ai pericoli ai quali l'annullamento della sentenza di ufficio si potrebbe prestare, se non fosse disciplinata con avvedute garanzie, le quali, a mio avviso, dovrebbero anche preoccuparsi degli speciali pericoli che potrebbero emergere nei ricorsi, relativi a cause di carattere politico.

Correzione della pena. — Era stato proposto che la Corte di cassazione debba correggere, senza rinvio, l'errore incorso nel computo della pena sulla base degli apprezzamenti e dei criteri stabiliti nella sentenza del giudice del merito.

Lo scopo era di semplificare, evitando il rinvio unicamente per la cessazione dell'errore. Ma la proposta non venne accettata per non tramutare la Corte di cassazione da Corte Suprema di diritto in tribunale di terza istanza. Invece si adottò che per gli errori puramente materiali incorsi nelle sentenze di condanna sia provveduto in sede esecutiva, all'infuori del ricorso di cassazione.

Correzione delle sentenze. — Così si provvide opportunamente ad introdurre nei giudizi penali l'istituto della *correzione delle sentenze*, che già vige con profitto nei giudizi civili, conciliandosi il rispetto dovuto all'indole propria della Corte Suprema colle esigenze dell'economia e della semplicità dei giudizi.

Richiamo l'attenzione sopra queste altre saggie proposte.

Ricorso dell'imputato assolto per insufficienza di prove. — Deve accordarsi il ricorso per cassazione all'imputato assolto per insufficienza di prove, quando concorrono i motivi ordinari

di nullità, così come gli si accorda l'appello contro ogni sentenza definitiva, compresa quella di assoluzione per non provata reità.

È troppo evidente l'interesse dell'imputato per le diverse conseguenze della dichiarazione di non luogo per altri motivi liberatorii, perchè occorra darne dimostrazione.

Altre disposizioni a favore dell'imputato. — La posizione dell'imputato viene ancora migliorata coll'accordare al Pubblico Ministero la facoltà di ricorrere, oltre che nell'interesse della legge, nell'interesse dell' imputato per annullamento nei modi ordinari.

Deve darsi facoltà al difensore di produrre il ricorso nell'interesse dell'imputato. La dichiarazione però del difensore non deve avere effetto se, entro i dieci giorni successivi, non sia ratificata dall'imputato.

Questa massima, che va coordinata con quella corrispondente nel giudizio d'appello, fu largamente discussa e contrastata nel seno della Commissione.

Prevalse per la duplice considerazione che la persona del difensore integra quella dell'imputato, e che con quella facoltà si completa la difesa degli imputati poveri.

E difatti la difesa officiosa sarebbe manchevole, se, terminato il giudizio di merito, si lasciasse il povero, durante i termini del ricorso, senza l'assistenza del difensore, il quale potesse rilevare le incorse nullità.

Il ricorso motivato deve sempre essere sottoscritto da un avvocato o procuratore esercente.

Questa disposizione ha lo scopo principale di infrenare i ricorsi, e di circondarli di quella serietà che presentemente non hanno.

A riguardo di ciò, non sarà inutile rilevare la giusta osservazione del senatore Pessina, che troppi freni non fanno bene, giovando suscitare nel popolo il convincimento che nei giudizi penali la legge viene osservata. Quindi è meglio preferire l'eccesso al difetto di formalità assicuratrici dei diritti della difesa.

Deposito a titolo di multa. — Il deposito a titolo di multa deve essere conservato soltanto pel ricorso della parte civile.

Tale principio è pienamente accoglibile; concorre a realizzare il grande e fondamentale principio della gratuità della giustizia.

Le ragioni specifiche della provvida riforma vennero riassunte dall'on. Lucchini proponente.

Propugna la soppressione del deposito, perchè si risolve in manifesta ingiustizia, senza produrre praticamente l'effetto che si spera di attuare, perchè, non ostante il codice richieda il deposito, i ricorsi sono innumerevoli. Il deposito non costituisce un freno contro i ricorsi dilatorii, inquantochè colui che vuole indugiare l'esecuzione della pena senza perdere il fatto deposito ha il mezzo di rinunciare al ricorso poco prima di essere discusso. Limitando poi il deposito alle condanne e pene pecuniarie, si farebbero due giustizie: l'una pei ricchi e l'altra pei poveri.

D'altra parte è giusto conservare il deposito per la parte civile, la quale ricorre per la tutela dei suoi interessi economici e in coerenza al deposito prescritto per i ricorsi nei giudizi civili.

Reformatio in peius. — Deve rimanere fermo il divieto di aumentare la pena nel nuovo giudizio (*reformatio in peius*) quando la sentenza venga annullata su ricorso del solo condannato.

Quindi è confermato il principio sancito nell'art. 678 cod. proc. pen. del quale si era chiesta la soppressione, che invece non venne decisa, perchè fu considerato che quel divieto, lungi di ispirarsi al sentimentalismo, rispecchia il principio giuridico del sistema accusatorio, dove il Pubblico Ministero e la difesa rappresentano i due interessi sociali della repressione della delinquenza e della tutela dell'innocenza, e quando il Pubblico Ministero ha prestato acquiescenza alla sentenza, permettere la *reformatio in peius* sarebbe sovvertire il principio giuridico, perchè per l'abolizione dell'art. 678 si asterrebbero dai ricorsi non già coloro i quali vogliono indugiare l'esecuzione della sentenza, che nulla potrebbero temere, ma i condannati che, facendo valere giusti motivi, avrebbero ragione di sperare nell'annullamento del giudizio, e si avrebbe quindi una ingiusta coercizione della difesa dell'imputato.

Parmi raccomandabile la proposta anche per la ragione che, stabilendosi eziandio la facoltà nel Pubblico Ministero e nella Corte Suprema di elevare *ex officio* i motivi di nullità, si avrà modo di compensare il danno che possa pervenire alla difesa sociale da quel divieto, unicamente stabilito nell'interesse dell'imputato.

Correzione straordinaria delle sentenze. — La Commissione ha dato incarico alla Sottocommissione di studiare, se, prescindendo dall'istituto della revisione, possa essere autorizzata la Corte di cassazione ad ordinare, in via straordinaria, in occasione dell'esame di un ricorso, la riapertura del relativo procedimento, quando essa all'unanimità si convinca che sussistono fondati dubbi intorno alla realtà dei fatti su cui è basata la sentenza.

La Commissione fece lunga e dotta discussione su questo nuovo istituto della *correzione straordinaria delle sentenze*, ma non si pronunciò, ritenendo necessario di coordinarne lo studio al giudizio dei giurati, pel caso che il sistema escogitato dalla Commissione per intendere ad una più razionale applicazione dell'art. 509 cod. proc. pen. non risponda allo scopo della correzione nel modo più largo e completo del verdetto dei giurati.

Ad ogni modo, pure ammesso in genere il nuovo istituto, il quale rappresenterebbe la massima cura con cui il legislatore deve cercare di impedire gli errori giudiziari, prima che si renda inevitabile la revisione o la grazia sovrana, questa incapace per sè stessa di restituire l'integrità giuridica all'innocente, bisogna riconoscere che esso modificherebbe essenzialmente la natura della Corte Suprema, attribuendole funzioni di terza istanza (il che però sarebbe il minore inconveniente), incontrerebbe nella pratica dei grandi ostacoli, darebbe luogo al pericolo che la decisione, presa dalla Corte Suprema ad unanimità di voti, esercitasse influenza nel nuovo giudizio.

Il prof. Lucchini propose simile istituto. Il prof. Brusa ne è entusiasta. « Circondato come è di rigorore cautele nel codice austriaco che lo ha sapientemente e utilmente istituito, disse il prof. Brusa in seno della Commissione, esso, invidiato dai Tedeschi, provvederebbe a casi straordinari e conferirebbe al prestigio della giustizia quando si fosse in presenza di un evidente errore di fatto, che non deve passare inosservato solo per ossequio a teorie astratte, mentre la giustizia deve essere concreta. In sostanza, la Corte di cassazione verrebbe a fare ciò che fa in materia di revisione; essa non giudicherebbe sul fatto, ma promuoverebbe un secondo giudizio, e se non si è dubitato di conservare alla Corte di cassazione il giudizio di revisione, non si intende perchè si abbia difficoltà ad attribuirle una funzione analoga ».

Fatte pure tutte le riserve sopraccennate, parmi che queste considerazioni del prof. Brusa debbano assai pesare nella questione.

Determinazione dei motivi di nullità. — Dei motivi di nullità non è qui a discorrere, perchè venne rimesso alla Sottocommissione di fare uno studio accurato sulle nullità, determinando tassativamente le nullità sostanziali e quelle che possono essere sanate, e distinguendo le nullità che inficiano il procedimento dalle altre che inficiano singoli atti.

La Commissione ha indicato il criterio generale, a cui deve ispirarsi la determinazione chiara e precisa, discreta delle ragioni di nullità. Vale a dire, deve essere formulato sotto la direzione di un solo concetto, che riesca comune a tutte le sentenze dei vari ordini della magistratura. Metodo che non può non approvarsi in massima, come già venne approvato senza discussione dalla Commissione.

(*Continua*) C. Cavagnari.

RECENSIONI.

La codificazione del lavoro. — Recensione della pubblicazione *Le controversie del lavoro,* per l'avv. Camillo Cavagnari, Giudice al Tribunale di Milano. *Note di giurisprudenza.* — Milano 1900, L. 1,50.

Nell'odierna cultura giuridica si afferma una tendenza degli scrittori e trattatisti di diritto civile di costruire una teoria completa ed organica del contratto di lavoro, le cui norme legislative positive si mostrano manchevoli e deficienti di fronte al progresso sociale, all'evoluzione incalzante degli istituti economici, agli atteggiamenti del diritto operaio nei rapporti fra capitale e lavoro. Basterà ricordare le pubblicazioni del Cavallaro Freni, del Modica, dello Iannacone, del Barassi, del Menger, del Salvioli, del Nani, del Cogliolo, del Coviello, ecc. per dimostrare con quanto amore e competenza i cultori del giure civile preparino l'elaborazione dottrinaria di quell'importante materiale giuri-

dico che dovrà poi costituire il fondamento scientifico per la futura codificazione del lavoro, nelle sue norme di diritto privato, giacchè, nel suo elemento sociale d'ordine pubblico abbiamo già leggi positive che lo regolano e disciplinano nella sfera del diritto contingente e reale.

L'avv. Cavagnari, il cui nome è inutile io vi ricorda come caro alla Magistratura ed alla Scienza ed alla filantropia, ha voluto portare il suo contributo a questo movimento della dottrina civilistica, illustrando le *controversie del lavoro* e modestamente chiamando le sue indagini « Note di giurisprudenza ».

Premesse alcune considerazioni generali sul contratto di lavoro, denominazione ed istituzione quasi ignote alla nostra legge positiva, sostiene vigorosamente il concetto come vi sia una parte immutabile nel contratto di lavoro, dove la fissazione in norme legislative si impone, non bastando i principii generali di diritto, le analogie, il diritto extravagante, e frammentario ed il lavorìo giornaliero, illuminato e progressivo della giurisprudenza ed approva pienamente i voti del prof. Cogliolo formulati negli atti del Congresso giuridico di Napoli, ed accenna alla letteratura sul contratto di lavoro.

Tratta quindi della locazione delle opere (art. 1570, 1627 c. c.), precisandone la terminologia, propugnando alla denominazione di locatore e conduttore quella di allogatore ed allogato per designare il padrone e l'operaio, della differenza tra locazione delle opere e altri contratti affini, e cioè tra il *mandato* in cui carattere distintivo non è la sua gratuità, ma bensì la facoltà di agire e contrarre in nome e per conto del mandante, obbligandolo verso i terzi, facoltà che manca nella locazione d'opera; tra l'*appalto* (*locatio operis*), in cui ie parti hanno in mira un determinato lavoro da eseguirsi in un determinato tempo, e l'opera rimane a rischio e pericolo del locatore, il quale provede a tutte le cose necessarie per compiere il lavoro; infine tra la *preposizione* che è un insieme di mandato e di locazione d'opera; caratteri differenziali che l'autore illustra colla più recente ed autorevole giurisprudenza. Svolge poi il principio generale (art. 1628 c. c.) per cui nessuno può obbligare la propria opera all'altrui a servizio che a tempo e per una determinata impresa: divieto quindi d'ordine pubblico di imporre, anche consensualmente, un vincolo perpetuo alla propria libertà d'azione.

Studia l'A. la costituzione della locazione di opere, l'imprenditore e l'industriale da un lato, l'operaio, il commesso, l'impiegato dall'altro, diffondendosi sull'*azienda mercantile*, patrimonio in funzione di scambi, o di produzione di ricchezza o nello stesso tempo di entrambi, il cui mezzo di conservazione, svolgimento e profitto è rappresentato dal *personale;* svariato complesso di individui, dei due sessi maggiorenni o minorenni, che si trovano costituiti in uno stabile e continuativo rapporto di dipendenza dall'azienda, a titolo di prestazione di un'opera qualunque e contro corrispettivo, materia questa in cui l'A. si ispira allo studio del prof. Porro, illustrando il rapporto di servizio che rampolla dai due concetti fondamentali dell'azienda e del personale, che può essere poi continuo o provvisorio, in prova (apprendisti) e da cui scaturiscono altrettante obbligazioni.

Dimostra poi come il minore sia capace giuridicamente a stipulare da sè la locazione d'opera, essendo tale contratto sottratto alla disposizione generale dell'art. 224 c. c. e soltanto quando sorga conflitto tra il genitore od il tutore ed il minore in riguardo, allora interverrà il tribunale od il protutore od il consiglio di famiglia o l'avo paterno o materno, secondo i casi, a sensi degli art. 224 ult. par., 266 p. p., 278, 280 c. c., ed esamina altre quistioni riflettenti

la donna maritata che per gli art. 134, 1733 c. c. si deve ritenere non soggetta all'autorizzazione maritale per contrarre la locazione d'opera, e gli interdetti, inabilitati e falliti.

Sugli obblighi delle parti, quelli dei principali consistono:

1.° nel pagamento del corrispettivo convenuto che forma essenza del contratto e può consistere nel salario, mercede, stipendio, onorario, provigioni, gratificazioni, partecipazione agli utili, la forma del corrispettivo meno diffusa ed invece la più raccomandabile;

2.° nel rispettare l'orario da cui deve tenersi distinto il prolungamento suo ed il lavoro straordinario;

3.° nel garantire l'incolumità dell'operaio per colpa contrattuale e non aquiliana come sostiene la giurisprudenza;

4.° nella tutela morale.

Gli obblighi del locatore d'opera consistono:

1.° nella diligenza nella prestazione del lavoro (cui provvedono i regolamenti interni);

2.° nell'attitudine al lavoro.

Illustra poi l'A. varie questioni eleganti circa la modificazione, l'impossibilità della prestazione e sostituzione, l'immoralità di essa, giuridicamente nulla (art. 1119 c. c.), la disciplina del ed il boicotaggio; su regolamenti di fabbrica i quali qualora muniti di formalità estrinseche devono considerarsi parte essenziale del contratto e di natura obbligatoria; sulla giurisdizione, competenza e prova, di indole commerciale (art. 91 c. p. c.); sull'accertamento delle infermità del personale; sugli uffici pubblici del medesimo, sulla qualificazione del personale.

Lo scioglimento del contratto di locazione d'opere può avvenire per *rottura* quando si verifichi l'abbandono del lavoro od il licenziamento anticipato, senza ragioni di forza maggiore o di giusti motivi, o per tacita riconduzione (giurisprudenza controversa).

L'A. illustra poi gli speciali effetti dello scioglimento di fronte all'azienda, il licenziamento in particolare, legittimo od illegittimo che dà diritto al risarcimento dei danni; quello nella preposizione commerciale (art. 366. c. com.); i casi di licenziamento nel diritto giurisprudenziale; i danni del licenziamento e le importanti questioni che vi si ricollegano.

Esamina infine l'A. quelle che egli chiama le *sopravvivenze* della risoluzione della locazione d'opera, cioè il benservito, il cui certificato può essere semplice o motivato, il contegno riservato dell'operaio, le clausole di divieto di concorrenza, la cui validità fu confermata dalla recente giurisprudenza, quando si rispettino i confini di tempo, di spazio, di contenuto, imposti dalla libertà individuale; ed alcune questioni in materia di responsabilità civile indiretta e sussidiaria, la compensazione delle colpe, la responsabilità del principale nella giurisprudenza, delle amministrazioni ferroviarie, delle istituzioni di pubblica beneficenza, la responsabilità civile giornalistica, le disgrazie di servizio degli operai e dei ferrovieri, i criterii speciali, in tale materia, per la determinazione e divisione del danno.

Speciali osservazioni fa l'A. in merito ad alcuni locatori di opere (domestici, portinai, portieri, fattorini, facchini, infermieri, ecc.) perchè la loro condizione è ancora più incerta nelle controversie coi padroni o proprietarii.

Accenna alle fonti legislative, e cioè i principii generali di diritto, le norme della così detta legislazione sociale, il diritto consuetudinario (art. 1134, 1135, 1604 c. c.), il codice civile e di commercio.

Chiude il lavoro con originali considerazioni su alcune conseguenze giuridiche dei recenti scioperi di Francia e d'Italia e colla giurisprudenza dei Collegi dei Probiviri di Milano.

L'A. ha fatto opera commendevole sotto ogni rapporto, offrendo colla sua trattazione scientifica e giurisprudenziale, il cui materiale fu da lui maestrevolmente coordinato ed elaborato, una vera guida illuminata allo studioso del contratto di lavoro ed a chi è chiamato ad esercitare il nobile ufficio di patrono e di giudice nelle controversie del lavoro. Inutile quindi che la nostra modesta esortazione ecciti i cultori del diritto civile ed i magistrati a ricorrere a questa fonte preziosa: il concetto dell'istituto, il nome dell'autore, la trattazione esauriente ne sono la migliore raccomandazione: valga solo l'umile pacrola del critico ad attestare all'insigne magistrato, che onora la nostra toga, ome ne ora presente, gravida di sospetti e di diffidenza della magistratura italiana; sorge una voce di protesta, sincera e cosciente, additando che essa invece studia, pensa e lavora; ed è ispirata ad alte idealità, di cui sicura prova è la presente pubblicazione.

Dicembre 1900.

Avv. Andreotti Alfredo.

Avv. Pasquale Materi. — *La rissa* (Studio psicologico-giuridico, con prefazione di Enrico Ferri, pag. 113). — Torino, fratelli Bocca, editori, 1900.

Il Materi ha studiato il fenomeno della rissa, che per la sua frequenza e per le funeste conseguenze, che ne derivano, ha tanta importanza nel nostro paese; e lo ha fatto prima, dal punto di vista psicologico onde indagarne il significato; quindi dal punto di vista giuridico.

Il Materi, seguace delle dottrine penali positive, ha applicato alla rissa i criterii generali del metodo positivo, senza dimenticare le esidenze della pratica; ond'è che nel suo libro trovasi un lucido ed esauriente commento dell'art. 379 del codice penale, il quale, com'è noto, comprende il delitto speciale di partecipazione alla rissa. Egli entra con largo spirito critico e giudiziosamente nel vivo delle molteplici controversie, cui l'accennato articolo dà luogo. L'autore attinge anche copiosamente alla fonte della giurisprudenza, il che conferisce al suo lavoro una spiccata attitudine a servire nella quotidiana pratica forense.

Il Ferri ha premesso al lavoro del Mattei una breve e chiara prefazione, nella quale si augura che l'attività dei seguaci del positivismo giuridico penale si esplichi specialmente nello studio dei delitti in ispecie; augurio questo, al quale ci associamo pienamente, giacchè corrisponde alla esigenza che oggi maggiormente incalza la scuola criminale positiva.

Eugenio Florian.

Libri pervenuti in dono.

Repertorio generale annuale della Giurisprudenza italiana, con note bibliografiche e notizie di Giurisprudenza italiana. — Continuazione del Repertorio generale della Giurisprudenza italiana, già diretto dagli avvocati prof. E. Pacifici-Mazzoni e Samuele Coen. — Torino, Un.-Tip.-Edit., 1901. *L. 16.*

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

TORINO, 20 dicembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* De Giuli — *P. M.* Piroli = Peirano c. Ministeri dell'Interno e delle Finanze.

1. *Lo Stato è responsabile dei danni cagionati dai funzionari di Dogana al mittente di quadri diretti all'estero per ordine del Governo, coll'estrarre dalle casse e lasciare per un certo tempo esposti in locali inadatti i quadri medesimi e col farli poi malamente incassare da persone incapaci* (1).

2. *Per determinare l'ammontare del danno, non occorre la matematica dimostrazione del valore dei quadri prima e dopo il fatto dannoso, ma può questo valore desumersi dalle presunzioni emergenti dagli atti di causa* (2).

3. *Gli interessi dovuti su somme liquidate a titolo di risarcimento di danni per colpa aquiliana, devono computarsi a partire dal giorno del fatto dannoso senza che spieghi influenza la circostanza che la responsabilità di chi è tenuto a risarcire il danno sia indiretta* (3).

Le Amministrazioni dello Stato lamentano innanzi tutto la violazione, per parte della Corte di merito, dei principî stabiliti della legge Aquilia, e consacrati nell'art. 1151 c. c., non che la violazione della legge di rito per difetto di motivazione, perchè, mentre la Corte afferma che il danno era da ascriversi agli impiegati doganali, « negligenti a custodire, come meritavano, quelle opere d'arte, ed imprudenti a servirsi per l'imballaggio di ordinarî facchini », per altro canto non dimostrava che quegli agenti fossero tenuti alla custodia e all'incassamento dei quadri.

Vana querela è questa, dappoichè la Corte d'appello, affermando la colpa degli agenti doganali, e traendo precisamente questa colpa dalla negligenza loro nel custodire e dalla imprudenza usata nel far imballare i quadri da ordinari facchini, vuoi addetti alla Dogana, o addetti alla ferrovia, dava per assodato e indubbio che solo gli agenti doganali fossero alla custodia e all'imballaggio tenuti. Ed è intuitivo che, data per certa tale circostanza di fatto, su cui non è lecito in questa sede il rinvenire, spettar dovesse, per logica conseguenza, a chi aveva, sequestrandoli, tolti i quadri dalle casse, onde appurare se vi fossero oggetti d'arte appartenenti alle Corporazioni religiose di Roma, l'obbligo di disporne la custodia e la rincassatura, eliminato che fosse il sospetto che i quadri avessero quella provenienza.

Inoltre la Corte d'appello non si è limitata ad enunciare il principio che le Amministrazioni, quali committenti, erano tenute a rispondere dei danni cagionati dai loro impiegati. Essa ha premesso in linea di fatto, nè aveva più d'uopo di soggiungerlo in diritto, che il Ministero delle finanze aveva dato ordine agli uffici doganali lungo il confine di

---

(1-3) Intorno alla responsabilità dello Stato pei fatti illeciti dei suoi funzionari, v., da ultimo, Cass. Roma, 3 maggio 1900 in questo *Filangieri*, 1900, 605 col richiamo. Circa la decorrenza degli interessi, v. in senso contrario, cioè pel decorrimento della data della sentenza che stabilisce l'obbligo e la misura del risarcimento, A. Catania, 27 gennaio 1900, pure in *Filangieri*, 1900, 769. La sentenza della Cassazione di Firenze, citata nel testo, reca la data del 16 novembre 1899. Essa ha detto che la massima *in illiquidis non fit mora* non può essere esclusa nei casi di azione aquiliana indiretta, facendo propri i motivi della sentenza della Corte d'appello (di Firenze), e cioè « perchè gli appellati si trovavano nell'assoluta impossibilità di soddisfare la loro obbligazione, per non esser certa la sussistenza giuridica dell'obbligazione medesima, ed indeterminata la sua estensione, pel cui accertamento si è reso necessario, non solo il giudizio di cognizione, ma anche quello di liquidazione col mezzo di una perizia di esperto ragioniere, trattandosi di una gestione complicatissima e di varie e disparate responsabilità, da stabilirsi nei diversi periodi di amministrazione dell'ente sociale ».

sequestrare casse e colli su cui cadesse il sospetto contenessero oggetti d'arte di provenienza delle Corporazioni religiose di Roma, e che gli agenti doganali di Modane, in conseguenza di tali ordini, avevano sequestrato le casse, e, apertele, ne avevano estratti i quadri, che in quella Dogana sarebbero rimasti giacenti per varî giorni.

Era dunque la committente Amministrazione dello Stato che aveva emanato ordini di sequestro pel caso di sospetto, ed era l'Amministrazione stessa che, eliminato il sospetto, doveva necessariamente provvedere a ripristinare quello stato di cose che, a causa di infondati sospetti, era stato sconvolto.

Non occorreva alla Corte di merito lo scendere all'esame se o meno spettasse agli agenti doganali la custodia e la incassatura. Bastava il porre il principio della responsabilità incombente all'Amministrazione per trarre quale ovvia conseguenza di tale responsabilità l'obbligo in essa di riparare i danni cagionati dai suoi agenti.

Nè erale necessario l'esaminare a quali altri agenti, o ferroviarî o comuni, la Dogana si fosse rivolta per custodire o rincassare i quadri, nè se la Dogana avesse o meno sede propria in Modane, e dovesse ricorrere al personale e locali ferroviarî per le sue operazioni.

Tutte indagine superflue. L'Amministrazione dello Stato aveva ordinato; l'ordine era stato dato ai suoi agenti doganali; questi, nell'esecuzione dell'ordine avuto, cagionarono danno; l'Amministrazione ne doveva rispondere quale committente.

È quindi destituito di fondamento il primo mezzo.

Col secondo mezzo si denuncia dalle ricorrenti Amministrazioni una triplice violazione di legge:

1.° Si dicono innanzi tutto violati i principî della prova, perchè allorquando si tratta di stabilire la quantità di un danno materiale arrecato a determinato oggetto, non si può concepire l'indagine senza la dimostrazione del valore della cosa avanti il danneggiamento, e quello residuato alla cosa stessa dopo il danno patito

2.° Si aggiunge: la Corte d'appello non solo si sarebbe sostituita all'arbitrio, ma avrebbe varcato i più giusti confini a questo concessi, col fissare una indennità senza l'elemento del valore permutabile dei quadri di cui si lamentava il danneggiamento, qual valore la Corte stessa asseriva non essere noto. Quindi, dicono le ricorrenti, il di lei ragionamento fu incoerente, perchè asserendo essere ignoto un elemento tanto sostanziale alla valutazione, veniva poi a giudicare *ex bono et aequo,* invece di adottare il principio dell'*actore non probante, reus absolvendus*;

3.° Si dice finalmente: la Corte di merito avrebbe messo nel nulla un'affermazione che trovasi ripetutamente enunciata nei precedenti giudicati in causa, dacchè, tanto nella sentenza 23 febb. 1887 della Corte d'appello, quanto in quella 15 luglio 1898 del tribunale, eransi respinti capitoli di prova testimoniale, e il giuramento estimatorio offerto dal Peirano, affermando che l'indennizzo doveva misurarsi sul valore reale dei quadri, sul valore debitamente accertato di essi, ciò che il Peirano non si sarebbe curato di prestabilire. Ponendo in non cale queste affermazioni, la Corte di merito, si dice, avrebbe violato il principio della *re iudicata.*

Non sono attendibili queste censure.

Non regge la prima, dappoichè, ove la prova non possa fornirsi con quel rigore che è per norma indicato, il magistrato del merito trae il suo convincimento dalle presunzioni. Se quindi l'entità di un danno non è matematicamente valutabile per la natura speciale dell'oggetto danneggiato, ben può il giudice trarre argomento da tutti quegli aggiunti della causa che valgano a creare presunzioni gravi, precise e concordanti. È la legge stessa che prevede questo caso, e concede al giudice simile facoltà. L'art. 1354 c. c. abbandona alla prudenza del giudice queste presunzioni che non sono stabilite dalla legge, ma che pur rientrano nei mezzi legali di prova.

Nel caso in disamina, la Corte d'appello ha ricavato la misura dell'indennità dal numero e dal pregio dei quadri danneggiati, in relazione alle prove testimoniali assunte, e per le quali si era abbondantemente posto in essere l'importanza dei guasti sofferti. Nel che fare, la Corte d'appello emetteva un giudizio tutto di fatto, e incensurabile in questa sede.

Del resto, pecca di soverchio assolutismo la tesi sostenuta dalle Amministrazioni dello Stato che non si possa concepire l'indagine intorno al danno arrecato ad un oggetto senza la matematica dimostrazione del valore di questo prima del danneggiamento; tanto più assoluta nella fattispecie, in cui tale dimostrazione preventiva si presentava pressochè impossibile per parte del Peirano, trattandosi di oggetti d'arte, quali sono quadri di autori pregiati, che hanno un valore tutto relativo.

Tanto meno regge la seconda censura. Non è che la Corte abbia inconsultamente arbitrato. L'aver premesso che non era noto il valore permutabile dei quadri non impediva che essa sostituisse il prudente di lei criterio nel fissare una indennità *ex aequo et bono* Non potendo giungere ad una positiva va-

lutazione per via diretta, la Corte vi giunse per approssimazione, indirettamente, traendo dalle risultanze testimoniali quegli elementi che ad essa parvero sufficienti per procedere ad un'equa liquidazione del danno. Se così non fosse concesso, se il sistema propugnato dalle Amministrazioni dello Stato dovesse prevalere, non sarebbe più possibile al giudice di determinare danni, quando a base del suo criterio estimativo non si rendesse possibile una preventiva dimostrazione del valore reale, effettivo di ciò che subì danno. Eppure, in ispecie pei danni morali, le valutazioni sono basate a mere presunzioni. Il danno cagionato ad un professionista da una diffamazione è tutto relativo; nonostante ciò il magistrato, e dalla gravità dell'oltraggio, e dal libello diffamatorio, dalla importanza della professione, e dal lucro professionale, ritrae elementi di valutazione. E pei danni materiali, come nella fattispecie, dal numero dei quadri danneggiati, dalla qualità e dall'autore di questi, dall'importanza dei guasti, il giudice ricava quanto gli basta per giungere ad un criterio estimativo del danno sofferto e della somma che ne rappresenti l'indennizzo.

La terza censura non può cadere sotto l'esame di questa Corte suprema. Ne fa divieto l'art. 517 n. 8 c. p. c., dacchè l'eccezione di cosa giudicata non fu nel precedente giudizio d'appello proposta.

Sul ricorso del dott. Peirano.

È pienamente fondato il reclamo del Peirano contro la sentenza della Corte d'appello, la quale è partita da un concetto giuridico inesatto per negare gl'interessi dalla domanda giudiziale.

Ha premesso la Corte di merito che l'art. 1231 c. c. si estende anche alle obbligazioni derivanti dai quasi-delitti, e da questa premessa fu condotta ad applicare le disposizioni che regolano gli effetti delle obbligazioni contrattuali agli interessi dovuti come parte integrante del risarcimento nelle obbligazioni che sorgono *ex quasi delicto*.

Senonchè, basta la lettura dell'art. 1231 per contraddire questa tesi: « In mancanza di patto speciale, esprime tale disposizione di legge, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione, ed alla società.

« Questi danni sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita ».

Ora, la stipulazione di un patto speciale, il ritardo di esecuzione, la mora nel pagamento, rientrano di necessità nella figura giuridica di una obbligazione contrattuale, mentre non è dato concepire nelle obbligazioni *ex quasi delicto*, che hanno la loro base in un fatto colposo, e non altrimenti in un contratto, l'eventualità di un patto speciale, o quella di un ritardo, o di una scadenza di termine che ponga l'obbligato in mora.

Non basta: il complesso di tutte le disposizioni contenute nel capo III, tit. IV del libro III c. c. fa chiaramente intendere che con esse si vollero regolare puramente gli effetti delle obbligazioni contrattuali. E per verità si inizia il cap. III suindicato accennando al risarcimento dei danni cui è tenuto chi ha contratto un'obbligazione in caso d'inadempienza (art. 1218), e si continua, trattando delle obbligazioni di dare e di fare, che implicano l'esistenza di una convenzione, di un rapporto giuridico che abbia creata l'obbligazione. E in ispecial modo nell'art. 1223, che ha la sua relazione col capoverso dell'art. 1231, ripetutamente si accenna a convenzione, e nei successivi art. 1227, 1228 e 1229 si disciplinano i criteri e limiti del risarcimento dovuto dal debitore inadempiente di patti preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto.

Al contrario nelle obbligazioni *ex quasi delicto* si ha per punto di partenza dell'indennità il giorno del fatto illecito, sicchè l'interesse dovuto da chi ritarda a risarcire il danno, cui è tenuto per suo fatto colposo, non è dovuto *ex mora*, ma quale compenso del danno che da quel giorno doveva essere, e non fu risarcito.

Se adunque l'autore del fatto illecito incontra l'obbligazione di risarcire il danno arrecato dal giorno stesso in cui quel fatto si è verificato, il protrarsi dell'accertamento del danno per controversia che insorga sul *quid et quantum*, non toglie che gl'interessi spettino al danneggiato sulla somma della indennità dovutagli quale parte integrante del risarcimento, e bene osserva il ricorrente Peirano che non sono dovuti quale pena del ritardo del debitore a prestare l'indennizzo, per cui non vi era, nè poteva esservi, pattuizione di termine, ma quale integrazione di ciò che al danneggiato spetta a titolo di indennizzo pel danno sofferto.

La Corte di merito ha evidentemente violati questi principi; nè può accettarsi in modo qualsiasi l'asserto delle Amministrazioni, che nel caso di cui si tratta il magistrato avrebbe emesso un apprezzamento di mero fatto col ritenere che i danni-interessi non dovessero far parte del risarcimento a cui aveva diritto il Peirano, a che il risarcimento stesso non divenisse eccessivo.

Per vero la Corte ha emessa in proposito la sua pronuncia fondandosi esclusivamente su motivi di diritto, sia estendendo la disposizione dell'art. 1231 c. c. alle obbligazioni

extra-contrattuali, sia eliminando il concorso di quelle condizioni per le quali soltanto gli interessi sarebbero dovuti, e ciò per difetto di determinazione e di esigibilità della somma domandata, e per mancanza di colpa da parte delle debitrici Amministrazioni nel ritardare il pagamento dell'indennità dovuta.

Tutto questo è puro ragionamento di diritto, e non altrimenti apprezzamento di fatto.

Le Amministrazioni dello Stato sollevano tuttavia in questa sede (e nol potrebbero), una questione nuova, osservano esse che nella fattispecie si tratta di colpa indiretta (art. 1152 e 1153 c. c.) e non di colpa diretta; infatti le Amministrazioni rispondono quali committenti; autori del fatto materiale illecito sarebbero gli agenti doganali; e citano una recente decisione della Cassazione toscana, colla quale si sarebbe ritenuto che la massima *in illiquidis non fit mora* sia inapplicabile soltanto nelle obbligazioni per colpa aquiliana diretta.

Questa distinzione adottata dalla consorella fiorentina non convince, nè persuade, dappoichè le responsabilità indirette hanno insita la presunzione legale di colpa, in modo che è sempre il principio della colpa aquiliana che presiede tutte le disposizioni tanto a riguardo del fatto diretto colposo, quanto di quello indiretto. E non è altrimenti a ritenersi, ove per poco si rifletta, che è colpa, e spesse fiate colpa grave, una scelta inconsulta del commesso per parte del committente che il prepone all'esercizio di speciali incombenze, cui è inetto, o in cui per negligenza, o per imprudenza, perpetra fatti illeciti, lesivi — che è colpa dei genitori il difetto in loro di sorveglianza, i pessimi esempi, la cattiva educazione, che rendono facili nei figli le malevoli tendenze.

P. q. m., ecc.

—

TORINO, 6 dicembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Mussita — *P. M.* Garelli = Ferr. del Mediterraneo c. Crocco.

1. *L'obbligazione del vettore di rispondere dei danni derivati al viaggiatore durante il viaggio, e a cagione del modo con cui il trasporto fu effettuato, non deriva dal contratto, ma dalla legge* (1).

2. *Conseguentemente l'azione di danno nascendo da un delitto, non ha carattere commerciale, ma civile* (2).

3. *Applicazione in tema di competenza territoriale* (3).

Sul I mezzo, concernente la incompetenza del tribunale civile e commerciale di Genova, la Società ferroviaria fonda le molteplici violazioni in esso enunciate in sostanza sui seguenti concetti:

1.° L'attrice Crocco contro la Società ferroviaria, avente sede in Milano, ha spiegata un'azione personale per risarcimento di danni materiali e morali, patiti e paziendi in dipendenza del disastro, e cioè per delitto o quasi delitto a sensi degli art. 1154 e 1153 c. c. Ha quindi spiegata un'azione civile, come lo riconobbero la stessa attrice e la Corte di merito, la quale non poteva, senza contraddirsi e violare l'art. 1124 c. c., ravvisare un'azione contrattuale commerciale per dedurne la competenza del tribunale di Genova, declinando dal principio sancito dall'art. 90 c. p. c., secondo il quale *actor sequitur forum rei*.

2.° L'azione è civile in quanto i primi e diretti responsabili delle conseguenze del disastro sono gli agenti della Società, i quali non essendo nè commercianti, nè tenuti per contratto verso la Crocco, non possono rispondere che civilmente per delitto o quasi delitto, e conseguentemente non può essere che civile l'azione di riflesso esperita contro la Società, non mutando la natura o la causa dell'azione pel fatto che venga esperita contro tutti, o solo contro una parte degli obbligati.

3.° Tanto è vero che l'azione non può essere che civile in quanto il sinistro avvenne per colpa (se colpa vi fu) non degli agenti che manovravano il treno, sul quale si trovava la Crocco, ma dei dipendenti che manovravano altro treno precipitato sul primo, onde non si potrebbe, senza cadere nell'assurdo, affermare che l'atto colposo sia stato qui un effetto dell'atto di commercio, oggetto di contratto fra la Società e la Crocco.

4.° È azione civile in quanto la integrità della persona umana non può essere e non fu oggetto di contratto, nè le disposizioni del codice di commercio racchiudono disposizioni sulla incolumità delle persone viaggianti; incolumità d'ordine pubblico, fuori di ogni possibile contrattazione, tutelata da leggi d'ordine superiore quali il codice pen., art. 314; il cod. proc. pen., art. 1 e 3; la legge 20 marzo 1865, all. *F*, art. 290, e gli art. 1151, 1152 e 1153 c. c.; leggi tutte preesistenti ed indipendenti dal contratto di trasporto, e che dànno origine alla responsabilità civile, respingendo che si debba prender norma per analogia dalle disposizioni nel trasporto delle merci o cose.

(1-3) La contraria sentenza 27 aprile 1900 della Corte di Genova si legge in questo *Filangieri*, 1900, 779, col richiamo. In senso difforme, v. pure, da ultimo, De Meis, in *Filangieri*, 1900, 563.

Sulla censura sotto il numero uno: avendo la Corte di merito senza restrizioni esposto e ritenuto in fatto avere la Crocco colla citazione 18 nov. 1898 spiegata azione civile per risarcimento di danni, a sensi degli articoli 1151 e 1153 c. c., in confronto della Società ferroviaria quale civilmente responsabile dei suoi agenti o commessi, manifestamente riconosceva e riteneva avere la Crocco spiegata un'azione civile, e provocata la giurisdizione civile del tribunale di Genova, onde si presenta fondata la censura sollevata col ricorso, di contraddizione con violazione dell'art. 1124 c. c., in quanto, dopo aver questo ritenuto in fatto, la Corte esordì in diritto colla proposizione che era azione essenzialmente commerciale perchè vi era in controversia la mala esecuzione del contratto di trasporto: « Se la Crocco fondò la sua azione sugli art. 1151 e 1153 c. c., pure invocò il contratto e produsse il documento ».

Non vale opporre che la sentenza in fatto accennò all'abbonamento della Crocco alla strada ferrata, ed abbia così implicitamente richiamato il contratto, e ad ogni modo che la qualifica dell'azione sia in dominio dei magistrati del merito. Al primo obbietto contrasta la stessa sentenza denunciata, la quale pure in fatto ritenne che la Crocco nella propria citazione nè enunciò nè pose l'abbonamento od il relativo contratto quale titolo o fondamento della spiegata azione, che invece raccomandava ai diversi fatti di essersi trovata sul treno, del disastro, della contusione, e della impossibilità di attendere al suo lavoro o mestiere. Non regge il secondo obbietto perchè senza interpretazione, e senza apprezzamento la Corte, dalla menzione dell'azione civile per delitto, nudamente e semplicemente passò all' azione commerciale, o, per essere più nel vero, non disconobbe la prima azione civile, ma ne aggiunse altra contrattuale commerciale, e da essa dedusse prevalentemente i criteri pel giudizio sulla competenza.

Indarno il controricorso a difesa della sentenza richiama la propria conclusionale 7 dicembre 1898, che asserisce vistata dal cancelliere, e, senza produrla, deduce aver sostenuto che l'obbligazione della Società ferroviaria deriva tanto dal contratto, quanto dalla legge, e derivava dal contratto perchè il viaggiatore è il mittente della sua propria persona, e la Ferrovia la imprenditrice del trasporto di quella persona fisica.

Tali deduzioni, più che a sorreggere, riescono a demolire la sentenza.

A parte che scambiano l'azione della Crocco coll'obbligazione della Società ferroviaria, ed il giudizio sulla competenza deve essere dedotto dalla prima non dalla seconda, ed a parte ancora che la sentenza denunciata non raccolse nè ritenne in fatto tali deduzioni, le stesse confermano che la Crocco solo con detta comparsa ha spiegata l'azione dipendente dal contratto di trasporto.

« Unusquisque agit cum eo qui ei obligatus est vel ex maleficio vel ex contractu »; ed accolto e ritenuto che la Crocco, arbitra dell'azione, si era colla citazione appigliata a quella « ex maleficio » e che per la sollevata declinatoria di foro alla stessa si era soffermata la contestazione, e su di essa circa la competenza si era determinato fra le parti il contratto giudiziario, per comune consenso non era più lecito ad una delle parti mutarne la natura in pregiudizio dell'altro contendente. La Corte di merito pertanto che, senza raccogliere o ritenere in fatto quelle deduzioni, vi ebbe riguardo in diritto ed anche alle stesse coordinò la propria pronuncia sulla competenza, ha dato ragione alla Società ferroviaria di denunciare sia la contraddizione, sia la violazione dell'art. 1124 c. c., violazione che riceve ulteriore conferma dall'altro brano della sentenza; con dire che il danno derivi dal sinistro, non dalla mala esecuzione del contratto si presuppone già risolta la controversia se di colpa, negligenza, imprudenza, che abbia dato causa al sinistro, si possa o no l'imprenditore imputare, al quale riflesso la Corte fu guidata dall'alternativa fra le due azioni, mentre, spiegata colla citazione l'azione « ex maleficio », di essa esclusivamente la Corte doveva occuparsi pel giudizio sulla competenza.

Sulle altre censure che investono la sentenza nel punto sostanziale, col quale ritenne commerciale l'obbligazione della Società ferroviaria, commerciale l'azione spiegata dalla Crocco e competente il tribunale di Genova, di esse pure si impone l' esame sia perchè la competenza del tribunale di Genova fu ritenuta sul fondamento dell' azione contrattuale e sulla base dell'azione per delitto o quasi delitto, sia perchè fu questo precisamente l' obbietto della discussione delle parti con abbandono all' udienza del II mezzo. I principali argomenti, a cui si è inspirata la Corte di merito, come dalla sentenza superiormente riassunta, si possono ridurre ai seguenti: che il codice di commercio reputa atti di commercio il contratto di trasporto di persone e cose e tutti i contratti e tutte le obbligazioni dei commercianti; che non sussiste che il codice civile nè il codice di commercio nel contratto di trasporto non contengano disposizioni dirette a tutelare l'incolumità delle persone sulle ferrovie; che l'obbligo dell'incolumità personale preesiste al contratto, è di ragion naturale, ed insito nel contratto; che coll'obbligo del trasporto l'Amministrazione delle

ferrovie assume per necessità di cose l'obbligo di prestarlo incolume pel viaggiatore; e che il fatto delittuoso o quasi delittuoso con danno alla persona, del quale l'Amministrazione ferroviaria sia chiamata a rispondere, è un effetto o dipendenza diretta dell'atto di commercio e rientra nella cerchia contrattuale.

Ora in tutte e ciascuna di queste proposizioni entra o un errore o il germe di un errore sempre nel senso di rendere contrattuale o commerciale l'obbligazione della Ferrovia, e fondata la competenza commerciale, dando con ciò legittima ragione alle censure dalla ricorrente svolte col I mezzo.

Invero non può dubitarsi che non sia atto di commercio il contratto di trasporto di persone e di cose, e su ciò non v'ha contestazione; ma la sentenza esagera e cade nell'errore, allorchè in via assoluta e senza riserve afferma siano atti di commercio tutti i contratti e tutte le obbligazioni dei commercianti con l'obbligo dell'eccezione salutare e radicale introdotta coll'art. 4 c. comm. collo statuire che si presumono atti di commercio, se non siano essenzialmente civili, od il contrario risulti dall' atto stesso. Col dimenticare, col tenere nessun conto di tale eccezione la sentenza ha dato ragione alla Società ferroviaria di denunciare la violazione dell'art. 4 c. comm., violazione tanto più manifesta in quanto erano ricordate varie leggi che introducevano la civile responsabilità; e la stessa Crocco attrice aveva tratto in giudizio la Società ferroviaria quale civilmente responsabile, onde non poteva la Corte sottrarsi all'esame dell'eccezione di cui nel ridetto art. 4.

Respinta tanto dal codice civile, quanto dal codice di commercio, è la proposizione della sentenza colla quale dichiarò « non sussistere che nè il codice civile nè il codice di commercio (nel contratto di trasporto) contengano disposizioni dirette a tutelare l'incolumità delle persone. »

Il vero sta infatti nel concetto opposto, e la Corte di merito quasi si è da sè medesima confutata in quanto a dimostrazione del suo assunto non fece che ricordare essere atti di commercio le imprese di trasporto di persone e di cose, tutti i contratti, tutte le obbligazioni dei commercianti, ed invocare i generali principî di diritto che i contratti obbligano a tutte le conseguenze che ne derivano secondo l'equità, l'uso e la legge, dimostrando per tal modo che in nessuno dei codici, nella parte sul trasporto delle persone e delle cose, non seppe trovare una speciale e tassativa disposizione riflettente l'incolumità delle persone nelle ferrovie.

Era arduo rintracciarla. Il codice civile negli art. 1629 e 1634 contempla i vetturini per terra e per acqua, prevede e regola la perdita, le avarie, i guasti delle cose, e nemmeno una parola spende per la incolumità delle persone. Lo stesso è a dirsi del codice di commercio. Nel congresso di Genova era stato bensì approvato un ordine del giorno, col quale, ricordata una recente legge dell'impero Austro-Ungarico, si raccomandava al Governo di portare la propria attenzione sopra la questione dell'indennità da corrispondersi dalle Amministrazioni ferroviarie quando per un accidente nell'esercizio di una ferrovia venga cagionata una lesione personale o la uccisione di una persona; ma se di questo voto fu propugnatore il ministro di agricoltura e commercio (Minghetti), non vi si associò quello dei lavori pubblici, al quale parve sufficiente tutela la legge 20 marzo 1865, all. *F*, art. 290, e vi fu assolutamente contraria la Commissione incaricata del progetto sul contratto di trasporto, nella cui relazione si legge: « Le disposizioni relative alle indennità dovute dalle Ferrovie per le lesioni personali e le uccisioni non possono essere comprese nel codice di commercio ».

Di conformità, il codice di commercio tace del tutto, come sono silenti le relazioni varie sul progetto, e l'ultima Ministeriale sul codice, comunque tutte accurate nel mettere in luce le molte innovazioni ed i tanti introdotti miglioramenti.

Del silenzio in un codice e nell'altro è intuitiva la ragione in presenza:

a) Della legge 20 marzo 1865, la quale all'art. 290 dispone: « I concessionari delle ferrovie pubbliche sono civilmente responsabili dei danni che i loro preposti, impiegati ed agenti, applicati al servizio delle linee, cagionassero nell'esercizio delle loro funzioni »;

b) Del regolamento 30 ottobre 1873 che cogli art. 2 e 3 impone ai concessionari tutte le cautele suggerite dalla scienza per evitare sinistri, ed, in concorso della negligenza e colpa, li rende responsabili per ogni danno derivato alle persone ed alle cose;

c) Degli art. 554, 555 e 557 c. p. in vigore nel tempo in cui fu approvato il codice di commercio (cui presso a poco corrispondono gli art. 455 e 456 c. p. toscano e 514 codice attuale), i quali, indipendentemente dalle disposizioni che colpiscono i fatti volontari, riconoscono colpevole di delitto chiunque per innavvertenza, disattenzione, inosservanza dei regolamenti, ecc. ecc., avrà dato causa involontariamente ad omicidi o ferite, con aggravamento di pena se l'omicidio o la offesa corporale siano la conseguenza di un disastro sulle strade ferrate o nei siti di cambio;

d) Degli art. 1 e 3 c. p. p., giusta i quali ogni reato, oltre all'azione penale, può dar luogo ad una azione civile pel risarcimento del danno contro gli autori, complici, e coloro che la legge ne rende civilmente responsabili;

e) Degli art. 1151 e 1153 c. c. più sopra richiamati, per effetto dei quali ogni fatto dell'uomo, che arreca danno ad un altro, obbliga colui, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno, tenuto il committente a rispondere per i propri commessi, e sulla portata dei quali non fanno mestieri ulteriori spiegazioni dopo il richiamo di quanto scrisse il Giorgi (*Obbligazioni*, vol. V, pag. 417).

Non può dubitarsi che tali leggi speciali e generali ampiamente tutelano la incolumità personale del viaggiatore, da spiegare se il codice civile ed il codice di commercio in argomento rimasero muti.

Ma altro corollario ne sorge, ed è che quegli che vuole imprendere viaggi per le strade ferrate non ha nè bisogno nè interesse ad addivenire colle singole amministrazioni ad una qualsiasi stipulazione per la propria incolumità personale.

Non ne ha bisogno perchè le preaccennate disposizioni, pressochè tutte di ordine pubblico, provvedono in tutta la estensione alla incolumità personale del viaggiatore con, senza e contro il consenso delle imprese assuntrici del trasporto; e perchè a sensi dell'art. 1097 c. c., le leggi sono la prima fonte delle obbligazioni, ciò che non fu apprezzato dalla sentenza denunciata, la quale credette dare il primo posto al contratto, assegnando alla legge l'ultimo dopo il contratto, quasi contratto, delitto e quasi delitto.

Non vi ha interesse, perchè non gli giova a leggi di ordine pubblico, operanti *iure imperii*, sostituire stipulazioni di carattere contrattuale privato, e perchè colle medesime stipulazioni non potrebbe e per la persona e per il risarcimento conseguire più di quanto già gli assicurano le leggi.

L'interesse del viaggiatore è di provvedere, per quanto lo si possa, alla propria incolumità personale, ed, in caso di sinistro, al conseguimento del danno; e quando l'uno e l'altro intento sono raggiunti in forza delle leggi, che sono la prima fonte delle obbligazioni, non v'ha alcuna ragione per ricorrere al contratto eventualmente utile ove faccia difetto la legge.

Che l'obbligo della incolumità personale non scaturisca dal contratto, implicitamente lo riconobbe la stessa Corte, la quale colla sentenza denunciata affermò che preesiste ed è ovvio che se tale obbligo preesiste, non può derivare, nè deriva dal contratto.

La Corte però, senza curarsi di indagare da qual fonte derivi, aggiunse che tale obbligo è di ragion naturale ed è insito nel contratto. Dirlo è facile, non ugualmente facile il dimostrarlo.

È di ragion naturale il principio *neminem laedere*, ma il legislatore, senza lasciarlo platonicamente agli universali precetti di ragion naturale, lo tradusse nelle disposizioni legislative superiormente accennate; nè può supporsi siansi desse naturalmente o tacitamente innestate nel contratto, ove si rifletta che si reggono con principî diversi, essendo del contratto sostanziale fondamento il *duorum vel plurium in idem placitum consensus* e disponendo le citate leggi *iure imperii*, con, senza e contro il consenso delle parti.

Inoltre la integrità della vita, la incolumità della persona, quali beni d'ordine superiore e di interesse pubblico, non sono nè possono essere oggetto di contratto, ed essendo sottratti ad ogni stipulazione contrattuale, non si comprende come naturalmente e tacitamente l'obbligo della incolumità personale sia divenuto parte integrante del contratto di trasporto.

Come infetta di errore è la prima sconfinata proposizione che siano atti di commercio tutti i contratti e tutte le obbligazioni dei commercianti, così non isfuggono a censura le altre che il codice civile ed il codice di commercio abbiano disposizioni dirette a tutelare la incolumità delle persone sulle ferrovie, e che l'obbligo stesso sia naturalmente insito nel contratto di trasporto.

Ma anche sulla proposizione seguente sono necessarie spiegazioni, in quanto può bene accogliersi il concetto che « coll'obbligo del trasporto l'Amministrazione ferroviaria assume pur quello di prestarlo incolume pel viaggiatore », ma colla distinzione che oggetto del contratto fu, è, e rimaner deve il trasporto della persona da un luogo all'altro, e l'obbligo della incolumità non deriva dal contratto, ma per eminenti considerazioni di ordine pubblico viene imposto alle Società dalle succitate leggi, le quali *iure imperii* operano in linea parallela, ma distinta dal contratto, tanto distinta che, a seconda delle circostanze, imprimono al fatto il carattere di delitto con diritto ai danneggiati e all'azione penale ed alla civile.

La stessa Corte genovese, nell'esprimere il proprio concetto che coll'obbligo del trasporto la Società ferroviaria ha assunto pur l'obbligo di prestarlo incolume, si è trovata nel bisogno di far uso dell'inciso « per necessità di cose »; ma, se si fosse data cura di spiegarne la portata, avrebbe di leggieri compreso che tale necessità non è altro che il concorso e l'impero delle leggi, all'in-

fuori del codice di commercio e del contratto regolanti la materia, leggi d'ordine pubblico che possono per avventura assorbire il contratto, ma non possono essere dal contratto assorbite.

Dal complesso delle svolte considerazioni è quindi manifesto che la Corte di merito non esattamente interpretava la legge nel ritenere che la incolumità personale sia regolata o dal codice civile o dal codice di commercio, o sia stata oggetto espresso o naturale o tacito del contratto di trasporto, colla conseguenza che il sinistro o la lesione alla Crocco avvenne bensì in occasione, ma non nella esecuzione del contratto, dal quale è affatto indipendente, e che erroneamente si è ritenuto sia un effetto o dipendenza del contratto, o rientri nella cerchia contrattuale, traendo da questi concetti criteri non esatti per determinare la competenza.

In sostanza il fatto, come venne ritenuto anche dalla Corte di merito, si risolve in una negligenza vera o presunta di uno o più commessi ferroviari con conseguenze dannose alla persona dei viaggiatori, e per attenersi al caso in concreto, alla persona della Crocco, negligenza avente il carattere di delitto o quasi delitto, donde l'azione pel risarcimento dei danni non può essere che civile, a sensi della legge 20 marzo 1865, degli art. 1 e 13 c. p. p.; 1151 e 1153 c. c.; dei quali a ragione il ricorso denunciò la violazione. Cogli stessi criteri è manifesto che furono violati e falsamente applicati gli articoli 4 e 872 c. comm., il secondo dei quali, riferendosi alle azioni derivanti dal contratto di trasporto, non poteva ricevere applicazione e determinare la competenza in azioni aventi per base il delitto o quasi delitto.

—

TORINO, 27 novembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Zamboni — *P. M.* Piroli = De Frate c. Società Anonima per l'esercizio del Teatro della Scala.

1. *Quando un impresario teatrale, valendosi della facoltà riservatasi nella scrittura d'un artista di canto per una determinata stagione, cede per alcune recite l'artista medesimo ad altro impresario, cede insieme tutti quei diritti che colla scrittura acquistò verso l'artista* (1).

2. *Conseguentemente il cessionario viene posto verso l'artista, e per riguardo alle recite convenute, in luogo e vece del cedente con tutti i diritti, ma anche con tutti gli obblighi relativi come all'originario contratto di scrittura* (2).

Si sostenne dal patrocinatore della ricorrente che la Corte di merito è caduta coi suoi motivi in contraddizione nel definire la natura giuridica dei rapporti esistenti tra la De Frate e la Società in base all' atto 12 settembre 1898, perchè dapprima parla di cessione di diritti dal Canori alla Società e vuol dimostrare che tale cessione non ha prodotto diritto alcuno per la De Frate; poi afferma che il contratto riveste i caratteri speciali di una sublocazione d'opera, accennando così a due rapporti giuridici affatto diversi, e siccome i motivi della sentenza si elidono, la sentenza è nulla per mancata motivazione.

In merito si osservò riguardo alla cessione che l' impresario Canori non ha ceduta alla Società la signora De Frate, ma i diritti che aveva su di essa in base al contratto di locazione d'opera 14 agosto 1898, e trattandosi di cessione di diritti, il cessionario veniva ad assumere in confronto del terzo tutte le obbligazioni che aveva il cedente; nè occorre parlare di novazione come fece la Corte, perchè in tema di cessione di diritti la conseguenza è manifesta, anzi lo stesso cedente non viene liberato ed il terzo può far valere i suoi diritti anche contro di lui.

Si osservò poi riguardo alla sublocazione che nella locazione d'opera, per la sua stessa intima natura, non è possibile la sublocazione e può verificarsi solo la cessione della locazione: che la Corte, ritenendo essere la sublocazione un nuovo contratto di locazione fra conduttore e subaffittuario, dal quale non possono derivare rapporti diretti fra locatore e subaffittuario, per essere il locatore al contratto rimasto estraneo, ha pure errato, mentre la legge concede in determinati casi azione anche ai terzi rimasti estranei, ed anche la sublocazione crea dei rapporti fra locatore e subconduttore, come risulta dall'art. 1574 c. c. e come affermarono gli scrittori, essendochè, sebbene la sublocazione costituisca un contratto nuovo, tuttavia il subconduttore può, nei limiti del contratto, agire direttamente contro il locatore originario per l'adempimento delle obbligazioni contratte pel conduttore, e così il locatore originario ha azione diretta contro il subconduttore per la esecuzione delle obbligazioni nascenti dal contratto di sublocazione: ed avendo la Corte di Milano gli accennati principî disconosciuto, ha violato gli articoli surricordati e la sentenza deve essere cassata.

Ciò premesso, si rileva che non regge la censura di contraddizione, perchè la Corte

(1-2) Ecco i precedenti di questa sentenza che concerne una controversia, a nostro credere, nuovissima. La signora Ines De Frate, artista di canto, citava innanzi al Trib. di Milano la Soc. an. per l'esercizio del Teatro della Scala e premesso: che detta Società la aveva assunta quale prima donna soprano assoluto

esaminando se concorressero nella scrittura 12 sett. 1898 gli estremi di una cessione a termini dell'art. 1538 c. c. con effetto anche nei rapporti della De Frate, sebbene alla scrittura fosse rimasta estranea, ritenne che di fronte ai patti speciali convenuti fra il Canori e la Società del teatro della Scala ciò non aveva base giuridica, perchè per effetto di questa scrittura non si era posto in essere alcun rapporto diretto fra la signora De Frate e la Società della Scala derivando l'obbligo suo di cantare al teatro della Scala dal contratto 14 agosto 1898 da essa stipulato col Canori: e disse che invece i patti speciali intervenuti persuadevano, per le ragioni dalla Corte esposte, come nella stipulazione 12 sett. 1898 concorressero i caratteri di una sublocazione d'opera e quindi di un nuovo contratto che per la sua natura non può generare alcun rapporto diretto fra la Società della Scala e la signora De Frate.

Chiaro quindi appare che la Corte, nel ricercare il *nomen iuris* e gli effetti della convenzione 12 sett. 1898, esaminò dapprima se si trattava di una cessione, ed esclusa que-

---

per cantare la parte di protagonista nell' opera «Norma» in quattro recite straordinarie coll'emolumento di L. 8000, di cui 4000 erano state pagate; che essa richiedente aveva preso parte alle numerose prove dell'opera, compresa la prova generale, accogliendo approvazioni da tutti gli astanti, compresi i membri della Direzione, il Direttore generale e il Maestro concertatore; con sua somma sorpresa, anzichè veder giungere, come d'uso, l'avvisatore che le annunciasse la recita, essa richiedente, aprendo per caso il giornale, lesse un comunicato con cui la Direzione del teatro annunciava al pubblico che la «Norma» non si sarebbe più rappresentata, e ciò con frasi che lasciavano credere al pubblico come tutti gli artisti, niuno eccettuato, fossero impari alla loro parte e quindi si fosse reso necessario di non rappresentare più l'opera. Conchiudeva pertanto per la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni. La Società della Scala alla sua volta convenne in garanzia il sig. Guglielmo Canori, impresario del Teatro Argentina di Roma, pel motivo che l'opera che avrebbe dovuto prestare la De Frate al Teatro della Scala dipendeva unicamente dagli accordi intervenuti tra il Canori e la Società della Scala, non essendo stata la De Frate scritturata da essa Società, ma bensì dal sig. Canori. Il quale, dal lato suo, citava la Società della Scala concludendo per il pagamento del prezzo di cessione dell'opera della De Frate oltre al risarcimento dei danni.

Riunite le tre cause, il Tribunale con la sentenza 10 maggio 1899 giudicò che il contratto di *cessione d'artista* è una cessione nei sensi dell'art. 1538 c. c. e non rappresenta quindi che la cessione totale o parziale di quei diritti che per effetto della scrittura verso il cedente assunse l'artista; onde il cessionario rispetto a questo vien posto in luogo e vece del cedente con tutti i diritti e obblighi, del pari che l'artista ceduto deve adempiere gli stessi obblighi quali avrebbe avuti nei confronti col cedente, e ripetere dal cessionario i relativi diritti. Il cedente pertanto resta obbligato a garantire l'esecuzione, da parte dell'artista ceduto, dell'opera di costui e il cessionario a soddisfare il prezzo della cessione; e d'altro canto l'artista ceduto deve prestare l'opera propria come avrebbe dovuto prestarla al cedente, mentre il cessionario è tenuto a valersi dell'opera di lui secondo i patti intervenuti col cedente e tacitamente o espressamente accettati dall'artista. Ciò posto, il tribunale assolveva il Canori dalla garanzia per aver fatto quanto gli incombeva, cioè messa la De Frate a disposizione della Società della Scala. Nei rapporti fra quest'ultima e la De Frate era pacifico in fatto che l'artista era stata protestata dal direttore d'orchestra della Scala, mentre, secondo la scrittura col Canori, non avrebbe potuto esserlo se non dall'editore o dalla Commissione teatrale di sorveglianza. Ora, in applicazione della sua teorica sulla cessione d'artista, il Tribunale affermava che la protesta non poteva ritenersi regolarmente avvenuta: in ogni modo, anche ammesso che il giudizio del direttore d'orchestra potesse equipararsi a quello stabilito nel contratto coll'Impresario Canori, certo era che tal giudizio non poteva ritenersi inappellabile davanti l'autorità giudiziaria. Perciò il tribunale ammetteva le prove dedotte dalla De Frate riguardo alla propria capacità.

La Corte di Milano, con la sentenza 11 luglio 1899 (*Mon. Trib.*, 1901, 50), scostandosi affatto dai criteri seguiti dal tribunale, decideva invece: che quando un impresario teatrale, valendosi della facoltà riservatasi nel contratto di scrittura d'un artista di canto per una determinata stagione, cede per alcune recite l'artista medesimo ad altro impresario, non pone in essere una cessione dei diritti che per lui scaturiscono dalla scrittura di fronte all'artista, ma soltanto una sublocazione dell'opera di lui; che conseguentemente l'artista ceduto non contrae nessun obbligo e neppure acquista alcun diritto di fronte all'impresa cessionaria; che conseguentemente ancora non può egli agire contro la medesima per i danni di un'asserita indebita protesta teatrale; che pertanto l'impresario cedente deve garantire all'impresario cessionario la idoneità dell'artista ceduto. Decideva altresì sulla domanda principale che l'impresario non può esser tenuto responsabile verso l'artista scritturato per un'opera, per il semplice fatto di avere pubblicamente annunziato (senza prevenirne l'artista stesso) che «l'opera era sospesa perchè dopo le prove eseguite, lo spettacolo non avrebbe corrisposto alle legittime esigenze del Teatro», se l'annunzio non era che la conseguenza del giudizio espresso dalle persone a ciò chiamate dal capitolato dell'esercizio del Teatro. Contro questa decisione veniva prodotto il ricorso che provocò la sentenza riferita nel testo.

sta, ritenne trattarsi di sublocazione d'opera e, così motivando, nessuna contraddizione si può ravvisare nella sentenza denunciata.

Riguardo alle altre censure, si osserva che la Corte di merito, con un apprezzamento dei vari patti del contratto 12 sett. 1898, ha ritenuto che nessun vincolo giuridico potesse sorgere fra la De Frate e la Società, ma quando l'indagine di fatto porta anche ad una indagine di diritto, come nel concreto, il giudizio della Corte non può essere sottratto al sindacato del Supremo Collegio, volta che risulti essere il giudizio stesso influenzato da errore nei criteri di diritto; e che ciò risulti dalla denunciata sentenza è facile il dimostrarlo.

Come si è più sopra rilevato, nel contratto 14 agosto 1898 fra l'impresa Canori ed Ines De Frate, artista di canto, si stabilirono i patti per la prestazione d'opera della De Frate nel teatro Argentina in Roma per la stagione carnevale-quaresima 1898-99; e si convenne col patto X che l'impresa aveva il diritto di far agire l'artista anche in altri teatri. Col contratto 12 sett. 1898 il Canori cedette l'artista De Frate alla Società del teatro della Scala per un mese, onde cantasse nell'opera *Norma*, e fra essi due si stabilì col patto IV che il prezzo convenuto per la cessione dovesse essere pagato direttamente al Canori, per aver questi scritturata la De Frate con facoltà di cederla.

E siccome il Canori col contratto di locazione d'opera aveva acquistato dei diritti verso la De Frate, così l'oggetto della cessione alla Società della Scala, se non nel linguaggio volgare fu la De Frate quale artista di canto, nel linguaggio giuridico altro non poteva essere che i diritti che il Canori aveva di esigere dall'artista medesima la prestazione d'opera convenuta.

Sta che il Canori col secondo contratto non ha ceduti alla Scala tutti i suoi diritti sulla De Frate derivanti dal contratto 14 agosto 1898, ma solo una parte di essi, ma col cedere la prestazione dell'opera della De Frate per l'esecuzione della *Norma*, non può non avere ceduto alla Società della Scala anche i diritti ad esso spettanti sull'artista, che alla prestazione d'opera ceduta si riferivano.

Nè la Società della Scala avrebbe accettato la cessione senza avere tutti i diritti alla medesima inerenti, da farsi valere in confronto della De Frate, durante la prestazione dell'opera sua; altrimenti di fronte ad una opposizione qualunque della De Frate la Società si sarebbe trovata disarmata di ogni azione, e la cessione sarebbe rimasta priva di effetto. La natura speciale della cessione e l'obbligo che ha sempre il cessionario di rispettare tutte le condizioni che regolano il diritto ceduto, nonchè il patto II della scrittura 12 sett. 1898, col quale si convenne che la De Frate avrebbe prestata l'opera sua al teatro della Scala, sotto l'osservanza degli stessi patti intervenuti fra essa ed il Canori, corrispondenti a quelli in uso presso la Scala, addimostrano come, per effetto di detta scrittura, la Società fosse, per quanto si riferiva alla prestazione d'opera della De Frate per l'esecuzione della *Norma*, subentrata nei diritti ed obblighi spettanti al Canori, senza che il patto IV surricordato possa influire per andare in diverso concetto, ove si rifletta che il Canori si era riservato di pagar esso la De Frate, anche nel tempo che doveva prestare l'opera sua alla Scala, pel motivo che colla avvenuta cessione aveva fatta una speculazione, essendo il prezzo della cessione che doveva pagare la Società al Canori superiore dell'emolumento che esso era obbligato di passare alla De Frate.

E se la De Frate non ha personalmente preso parte alla scrittura di cessione 12 sett. 1898, non per questo era del tutto estranea alla scrittura stessa, poichè questa era collegata coll'altra scrittura del 14 agosto precedente, era una conseguenza, una dipendenza di quella, in quanto la scrittura di cessione aveva efficacia come fu stipulata senza l'intervento della De Frate, per essersi questa, colla precedente scrittura, già obbligata a cantare anche in altri teatri, mentre, se tal patto non fosse esistito, il Canori per cederla alla Società avrebbe dovuto farla intervenire, onde prestasse il suo consenso; e la De Frate appunto in base ai combinati disposti delle due scritture 14 agosto e 12 sett. 1898 si è presentata alla Società della Scala per prestare l'opera propria nell'esecuzione dell'opera *Norma*, manifestando così di ratificare senza osservazioni la convenuta cessione.

Lu una volta risultato che il contratto di cessione in parola è la conseguenza di un precedente contratto che costituisce la legge per l'artista De Frate, ed il secondo contratto non è che l'esecuzione del primo, non possono non essere generati anche dal secondo dei rapporti contrattuali fra la De Frate ed il cessionario; nè si saprebbe del resto immaginare come un artista possa prestare l'opera propria senza avere coll'impresa del teatro ove canta quei rapporti contrattuali che l'indole dell'obbligazione richiede.

Chiaro quindi apparisce, per combinato disposto delle anzidette due scritture, che la Società, assumendo i diritti spettanti al Canori, assumeva anche gli obblighi e doveri del Canori stesso relativi all'accennata prestazione d'opera, e la De Frate conservava

di fronte alla Società cessionaria tutte le obbligazioni e tutti i diritti che aveva verso il Canori in base alla sua scrittura, avendo la Società e l'artista l'azione diretta derivante da detti contratti per ottenere l'adempimento degli impegni rispettivamente assunti, in base all'art. 1538 c. c. E che la Società andasse di ciò convinta, risulta dall'avere essa in seguito alla protesta del m.° Toscanini, per non essere la De Frate atta a sostenere la parte di protagonista nell'opera *Norma*, fatto notificare alla De Frate nel 9 genn. 1899, una diffida per la restituzione delle L. 4000 ad essa pagate, in seguito ad autorizzazione del Canori, e per la risoluzione di ogni accordo e pattuizione della Società della Scala (cioè il contratto di cessione 12 sett. 1898) tanto di fronte al signor Canori quanto di fronte alla De Frate, protestando verso tutti e due per i danni e spese.

Conseguentemente pel fin qui detto devesi riconoscere che la Corte milanese, negando alla De Frate per un'erronea concezione dei rapporti giuridici nascenti fra le parti dalle avvenute stipulazioni, qualsiasi azione diretta contro la Società della Scala, respingendo le sue domande, senza conoscere se e quanto fossero fondate, ha violato le disposizioni di legge sovrariportate e la sentenza denunciata deve perciò essere annullata, senza occuparsi di quella parte della sentenza stessa che tratta della sublocazione, tornando ciò inutile, dopo ritenuta la sussistenza di una cessione di diritti a termini dell'art. 1538 c. c.

P. q. m., cassa, ecc.

—

TORINO, 19 novembre 1900 — *Pres.* Marangoni *Est.* Bozzi — *P. M.* Mancini = Zangrandi c. Baroli.

Anche le istanze proposte nel giudizio di graduazione dinnanzi al giudice delegato sono soggette a perenzione (1).

Senza ricorrere all' opinione accolta in alcuni giudicati, che l'istanza di esproprio è costituita dall' intero procedimento di esecuzione e che di questo è continuazione e parte integrante il giudizio di graduazione e di liquidazione, poichè (a differenza di altre legislazioni) per la nostra il giudizio di graduazione si apre in pendenza di quello di esproprio e di purgazione (art. n. 666 4, e 728 c. p. c.), e fin anche la rivendita è continuazione quando sia promossa prima del decorso di 3 anni dalla vendita (termine appunto della perenzione, art. 694 c. p. c.); non si può seriamente contendere che la domanda di collocazione è una vera e propria istanza giudiziale, e che istanze giudiziali siano eziandio tutte le domande e questioni che si propongano avanti il giudice delegato intorno allo stato di provvisoria collocazione. Se poi la perenzione colpisce ogni istanza che ha per obbietto il conseguimento di una decisione di controversia avanti il magistrato, e se per istanza la legge evidentemente intende, non già la domanda, ma il procedimento, il giudizio iniziato colla domanda, non v'ha ragione perchè non debba estendersi ed essere operativa anche per quelle istanze che furono sollevate e proposte nel giudizio di graduazione. Il legislatore italiano introdusse l'istituto della perenzione *ne lites fiant pæne immortales;* e volle che essa fosse operativa *ope legis*, e si applicasse indistintamente ad ogni istanza o giudizio; e cogli art. 11 e 14 disp. tran. c. p. c. (R. D. 30 nov. 1865) prescrisse che nei giudizi di graduazione e di concorso, intrapresi anteriormente al 1.° gennaio 1866, dopo la formazione dei progetti di graduazione, gli atti si avessero a regolare secondo il nuovo codice, e che la perenzione d'istanza deve pure essere regolata dal nuovo codice, osservati i termini nel citato art. 14 stabiliti.

È vero che per regola ogni domanda è proposta con atto di citazione, ma, giusta il disposto dell' art. 37 c. p. c., può essere proposta anche altrimenti, secondo le forme proprie di ciascun procedimento.

La questione, sulla quale tanto si dilungano le ricorrenti riferendosi al disposto dell'art. 2085 c. c. e relativa agli effetti della perenzione dell'istanza medesima, non ha a che fare colla tesi in contestazione; e cioè se siano soggette alla perenzione ordinaria generale o debbano esistere in eterno quelle istanze che vennero proposte avanti il giudice della graduazione, e per la cui risoluzione furono le parti rimesse avanti il tribunale. E così pure non è lecito confondere, come fanno le ricorrenti, ciò che si attiene alla procedura d'ufficio da osservarsi dal giudice delegato, colle domande e contestazioni che sull'operato del medesimo si sollevano dalle parti; queste costituiscono vere istanze giudiziali rimesse alla decisione del tribunale che perimono quando per un triennio siano abbandonate. Che nel caso concreto poi si versi in questa seconda ipotesi, non può contestarsi, perchè affermata con apprezzamento incensurabile dai magistrati del merito.

Fuor di proposito, richiamando i disposti degli art. 899 e 903 c. p. c. degli Stati par-

(1) La sentenza, ora confermata, della Corte d'appello di Parma, si legge in questo *Filangieri*, 1900, 383, col richiamo in nota.

mensi, si sostiene che il giudice delegato non fa che rimettere gli opponenti all'udienza avanti il tribunale, ma che questo non può dirsi investito della controversia se non coll'atto di parte, di chiamata della causa all'udienza (903), e poichè tale atto non esiste, manca l'istanza giudiziale. L'istanza giudiziale sta nella domanda di collocazione, nelle questioni sollevate avanti il giudice, e l'inosservanza degli altri atti processuali, demandati alle parti o loro procuratori per la continuazione del procedimento, costituisce appunto uno degli elementi della perenzione. Del resto le domande spiegate nel 1886 e nel 1887 non si possono spiegare altrimenti se non come continuazione dell'istanza già proposta avanti il giudice delegato, ed in fatto non è conteso che più e più volte si è compiuto il termine per la perenzione.

Questi brevi riflessi bastano a dimostrare l'infondatezza del primo motivo del ricorso, e come la Corte di Parma, anzichè disconoscere, abbia fatta una retta applicazione della legge senz'uopo che questo Collegio si dilunghi a dimostrare l'attendibilità e giustezza legale degli altri ragionamenti da essa svolti nella denunciata sentenza.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

ROMA, 17 novembre 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Cefalo — *P. M.* Righetti — Ferr. dell'Adriatico c. Piazzesi.

Gli impiegati addetti già alle costruzioni affidate dallo Stato alle Società concessionarie dell'esercizio delle Ferrovie, non possono accampare la pretesa ai vantaggi di cui all'articolo 82 del capitolato annesso alla legge 27 aprile 1885, se non quando siano stati individualmente ceduti dallo Stato alle Società (1).

In sostanza si tratta di vedere se un impiegato ferroviario, ritenuto in servizio dal Governo dopo le Convenzioni del 1885, e non passato al servizio delle Società concessionarie, possa aver diritto ed azione a sperimentare, in base all'art. 82 del capitolato, contro la Società per risarcimento di danni e per usufruire dei vantaggi accordati col detto art. 82, quando sia stato in prosieguo dal Governo licenziato. La Corte di merito ha risposto affermativamente, ma è caduta in errore, ed ha violato e falsamente applicato le disposizioni di legge invocate dal ricorso.

Si risolleva la questione della intelligenza e portata dell'art. 82 del capitolato, in rapporto però solo alla natura del diritto dell'impiegato verso la Società, non pure contro lo Stato, e sotto questo profilo la questione non è ancora venuta all'esame di questo Supremo Collegio.

Si sono volute dal controricorrente invocare all'uopo le sentenze di questa Cassazione nella causa Fragasso, ma con poco di opportunità, dacchè innanzi tutto gli elementi di fatto erano diversi, mentre il Fragasso era stato compreso negli elenchi del personale messo dal R. Ispettorato a disposizione della Società, e quindi era passato effettivamente al servizio di essa Società, che poi al 1889 pretendeva far la retrocessione di quel personale, che, respinto dalla Società e non accettato dal Governo, restava sul lastrico, onde la causa iniziata dal Fragasso contro lo Stato e la Società per rifacimento di danni. E poi la massima stabilita colla sentenza del 1893 fu che l'impiegato ferroviario, che si trova nelle condizioni previste dall'art. 82, non ha azione contro lo Stato pel risarcimento dei danni derivatigli dal licenziamento, e che l'autorità giudiziaria fosse competente a conoscere dell'azione di risarcimento proposta contro la Società dall'impiegato licenziato che si trovasse nelle condizioni di cui in detto art. 82. Ed il principio ritenuto colla seconda sentenza emessa dalla Cassazione in detta causa, nel 1895, si fu che le disposizioni dell'art. 82 del capitolato, relative al mantenimento in servizio degli impiegati ferroviari straordinari, si applicano a tutti gl'impiegati straordinari passati al servizio della Società, tanto se addetti alle costruzioni, quanto se addetti ai relativi studi; e tal principio venne ribadito con la sentenza emessa poi a sezioni unite nella stessa causa il 30 aprile 1896.

---

(1) Facciamo nostre queste assennate osservazioni del pregevole *Monitore dei Tribunali*: « La questione, in questi termini, ci pare nuova in giurisprudenza. — La soluzione oggi datavi tuttavia non ci pare esatta nè rispondente alla più ovvia intelligenza dell'articolo 82, il quale dice senz'altro che « il concessionario accetterà il personale . . . « addetto alle costruzioni . . . a lui affidate »; — come faccia la Supr. Corte ad affermare che il senso che si manifesta da tali parole sia invece che il Governo dovesse di volta in volta dichiarare di cedere il personale A o B, perchè il concessionario contraesse l'obbligo di accettarlo, cioè di farlo entrare nel corpo del *suo* personale, è cosa che non si spiega, non ostante le lunghe considerazioni della sentenza. Non è qui il luogo di entrare in una minuziosa analisi di tali considerazioni; ci limitiamo ad asserire che la Supr. Corte di Roma ha oggi in via di interpretazione dell'art. 82 foggiata una disposizione nuova e ben diversa da quella genuina della legge » (a. c., p. 82).

Invece nella causa attuale si tratta di un impiegato ferroviario addetto alle costruzioni, non ceduto dal Governo nè passato al servizio della Società, e che, ciò non ostante, intende usufruire dei vantaggi accordati col cennato art. 82.

E con maggiore ragione la ricorrente Società invoca l'ultimo pronunziato di questa Cassazione a sezioni unite del 29 nov. 1898, con cui fu stabilito il principio che per l'articolo 82 del capitolato il Governo abbia facoltà, non obbligo, di imporre alle Società concessionarie di accettare il personale addetto alle strade in costruzione ad esse affidate, non perchè la quistione che ora si agita sia identica, ma per le conseguenze che si possono dedurre dai principî fissati in detta sentenza e che anche ora questo Supremo Collegio adotta.

In fatto sta bene che per l'innanzi si è discusso della sussistenza o meno dell'obbligo del Governo di cedere il personale ferroviario alle Società concessionarie alle linee alle quali esso era addetto; ed oggi invece si discute della sussistenza o meno dell'obbligo della Società di assumere il personale stesso al suo servizio, anche quando il Governo non glielo avesse ceduto.

Ora, questa Corte ritiene ciò che già ritenne nell'ultimo pronunziato del 1898, che cioè lo Stato non stipulò la cessione del personale tutto in massa alle Società concessionarie, ma solo l'obbligo in queste di accettarlo, qualora lo Stato avesse voluto cederglielo, assieme alle linee da costruire; che il Governo perciò avesse facoltà, non obbligo, d'imporre alle Società di accettare il personale addetto alle strade in costruzione ad esse affidate; e le Società avessero il correlativo obbligo di accettare il personale che al Governo fosse piaciuto cedere: così che il vantaggio che si volle assicurare coll'art. 82 al personale fu solo eventuale e facoltativo, non certo ed attuale, nel senso che, come non è obbligato il Governo a far la cessione, così non è obbligata la Società a riceversi il personale non cedutole dal Governo.

E certo che quando fu deliberata la concessione delle strade ferrate alla industria privata, il Governo volle pur giovare al personale, e fece degli accordi allo scopo di rendergli sicura la condizione avvenire, ma nei limiti della possibilità, come disse questa Cassazione altra fiata, e tali accordi, in rapporto al personale ordinario e straordinario addetto alle costruzioni ed agli studi per le strade affidate alle Società concessionarie, furono formulati nell'art. 82. Ora non può intendersi questa disposizione dell'art. 82 del capitolato, come applicabile a tutto il personale in massa, cioè anche a quello non ceduto, nè designato dal Governo, perchè tale interpretazione sarebbe contraria alla disposizione letterale, alla ragione informatrice della disposizione stessa ed a tutta la economia di quel contratto-legge.

Non può ammettersi alcun obbligo della Società in difetto della cessione e quindi alcun diritto nel personale, nè contro il Governo, nè contro la Società, quando nella economia delle Convenzioni del 1885 la cessione del personale alle Società costituiva condizione indispensabile per l'acquisto dei diritti riconosciuti al personale stesso nei rapporti colla Società, e nell'art. 82 fu posta in essere da una parte la facoltà discrezionale del Governo, così di cedere la costruzione delle linee, come d'imporre alle Società concessionarie di accettare il personale all'uopo designato; e d'altra parte il correlativo obbligo del concessionario di accettare il personale che gli sarebbe stato ceduto dal Governo.

Coll'art. 82 si disse: « Il concessionario accetterà il personale ordinario e straordinario addetto alle costruzioni ed agli studi per le strade a lui affidate ». Tale dizione esprime il concetto della facoltà che si riservava il Governo di cedere al concessionario il personale addetto alle costruzioni ed agli studi di quelle strade che avesse creduto di affidare al concessionario stesso, per la costruzione, per gli studi o per la direzione tecnico-amministrativa; e dell'obbligo del concessionario di accettare assieme alle linee che sarebbe piaciuto al Governo di affidargli per la costruzione, per gli studi, per la direzione o pel compimento dei lavori, anche il personale alle linee stesse addetto, e che allo Stato fosse sembrato opportuno di cedergli. L'accettazione è termine correlativo dell'offerta, che non poteva essere fatta che dallo Stato; e la cessione della linea implicava quella del personale alla stessa addetto, se così al Governo fosse piaciuto. Così che il senso che si manifesta dalle parole adoperate secondo il loro significato e la connessione di esse, e che riesce uniforme alla intenzione delle parti contraenti e del legislatore, ed evita l'assurdo nelle conseguenze, si è che nessun obbligo assumeva il Governo di cedere indistintamente tutto il personale alle Società, e nessun obbligo assumevano queste di prendere tutto il personale, quale che fosse, senz'altro.

Nè poi si potrebbe ammettere il diritto di tutto il personale di far passaggio alle Società indipendentemente dalla cessione che ne facesse lo Stato, senz'ammettere che il Governo avesse voluto abdicare il suo diritto di trattenere al suo servizio gl'impiegati che avesse voluto, contro il fatto co-

stante che il Governo fece cessione solo di una parte del personale, trattenendone altra parte al suo servizio. Ed a nessuno mai è venuto in mente di dubitare di questo diritto discrezionale del Governo, per cui fu detto nelle discussioni parlamentari che si lasciava alla rettitudine ed al giudizio del Ministro il giudicare coi suoi poteri discrezionali quale personale dovesse essere ceduto alle Società e quale no; così vero che non fece cessione di tutto il personale, ma ne ritenne buona parte in suo servizio; e di tal personale ritenuto e non ceduto fece appunto parte il Piazzesi.

Giusta lo spirito quindi delle Convenzioni, lo Stato non intese stipulare la cessione senz'altro di tutto il personale alle Società concessionarie, nè l'obbligo in queste di prenderlo tutto; ma intese stipulare pel personale addetto alle costruzioni e lavori di studi il solo diritto di essere accettato dalle Società quando esso Governo avesse creduto opportuno di cederlo.

Onde non fu voluto attribuire un vero e proprio diritto al personale, che non venne indicato individualmente, ma genericamente in massa; e solo a suo favore si volle stabilire un vantaggio in genere, che per concretizzarsi in determinate persone faceva d'uopo che il Governo le avesse designate.

E questo spirito delle Convenzioni venne espresso nella dizione letterale dell'art. 82, cui non può darsi altra intelligenza, dacchè escluso l'obbligo del Governo di ceder tutto il personale, e quello della Società ad assumerlo tutto in suo servizio, essendo il beneficio concesso ad una massa senz'altra norma a poterlo individualizzare, era insita la necessità dell'azione del Governo, che avesse designato e specializzato le persone, mercè la cessione, che attribuendo un diritto individuale avesse reso esperibile l'azione giudiziaria; per cui il diritto e l'azione s'intesero subordinare alla condizione indispensabile della cessione. E si noti poi da una parte la perfetta correlazione tra i patti delle Convenzioni; mentre la cessione dell'esercizio era fatto compiuto, si cedeva definitivamente anche il personale addetto all'esercizio; e perchè poi restava facoltativo l'affidamento delle linee per le costruzioni e per gli studi, restava pur facoltativa la cessione del personale addetto alle costruzioni ed agli studi. E d'altra parte è pur degno di nota che nell'art. 103, che si riferisce alla cessione del personale tutto dell'esercizio, si dice che il Governo consegnerà l'elenco di tutto il personale, in attività di servizio, ecc., e nell'art. 82, ove si mette in essere un diritto discrezionale del concessionario, si dice solo: « il *concessionario accetterà*, ecc. » e non si parla di consegna di elenco del personale.

Epperò si deve ritenere che se fu implicita, era per altro necessaria la condizione della cessione del personale per la creazione del diritto individuale a favore dei singoli impiegati; e la mancanza della cessione da parte del Governo nella specie impediva lo sperimento dell'azione del Piazzesi; lo che fu disconosciuto dalla Corte di merito, che interpretò erroneamente il disposto dell'articolo 82.

Nè ha poi maggior valore l'altro argomento dalla Corte addotto e desunto dal disposto dell'art. 1128 c. c.

Certo che nell'art. 82 si contiene una stipulazione a favore del terzo, cioè del personale, cui si volle concedere un beneficio che formava condizione della stipulazione che lo Stato faceva per sè stesso; ma non si deve perdere di vista ciò che fu stipulato, e che in sostanza si riduce all'obbligo del concessionario di accettare il personale quando lo Stato glielo avesse ceduto; onde a riguardo della Società ogni vincolo giuridico a favore degl'impiegati dipendente dalle Convenzioni fu condizionato, subordinato cioè alla condizione della cessione da parte del Governo; per cui, mancando la condizione della cessione, veniva meno il diritto e l'obbligo correlativo; mentre l'azione a favore del terzo non può nascere che secondo i termini e le condizioni volute dai contraenti. E la Corte perciò faceva falsa applicazione dell'art. 1128 c. c., prescindendo dalla condizione della cessione da parte dello Stato, che costituiva condizione indispensabile dei benefici accordati al personale.

Ed errò pure la Corte interpretando erroneamente l'art. 103, col supporre che con tal disposizione si fosse provveduto alla sorte degl'impiegati ordinari addetti alle costruzioni governative; mentre basta leggere gli art. 82 e 103 per rilevare a prima vista che coll'art. 82 si è voluto regolare la sorte del personale ordinario e straordinario addetto alle costruzioni ed agli studi; e coll'art. 103 vi sono contemplati invece gli impiegati addetti all'esercizio.

Infatti con esso si dice: « Il Governo consegnerà l'elenco di tutto il personale in attività di servizio presso le cessanti Amministrazioni ferroviarie il giorno del cominciamento del contratto, colla indicazione del grado, anzianità e stipendio; il concessionario accetterà in servizio gli impiegati componenti detto personale che verrà dalla Commissione di ripartizione, di cui all'articolo 11 del contratto, assegnato alla sua rete, ecc. ».

E dal combinato disposto degli art. 103 e 11 del contratto si trae altro argomento

della necessità della cessione del personale addetto alle costruzioni ed agli studi, una fiata che tal cessione era richiesta anche pel passaggio alle Società del personale addetto all'esercizio. Di fatti coll'art. 11 si stabiliva che le Commissioni, composte ciascuna di tre rappresentanti del Governo e di tre delegati per ognuna delle Società esercenti le reti adriatica e mediterranea, dovevano procedere: « 1.° al riparto del personale delle amministrazioni che attualmente esercitano le linee destinate a costituire le nuove reti », ecc.

Ond'è a concludere sull'esattezza delle seguenti proposizioni : — che tutto il personale addetto alle costruzioni e studi non fu ceduto in massa alle Società ; — che il Governo aveva il potere discrezionale di scegliere e di cederne parte, e ritenerne altra ; — che non si faceva altro obbligo alle Società, oltre quello di accettare il personale che ad esse fosse ceduto dal Governo assieme alle linee che loro si fossero affidate ; — che non si riconosceva alcun diritto al personale di obbligare il Governo a farne la cessione, nè di obbligare le Società a riceverlo senza la cessione ; — che il vantaggio che si volle assicurare al personale fu solo facoltativo ed eventuale, concretizzantesi in quello di dover essere accettato dalle Società quando fosse stato ad esse dal Governo ceduto.

Ed affermate tali proposizioni, segue che solo colui che fosse stato ceduto dal Governo e non accettato dalla Società avrebbe diritto ed azione a costringerla all'adempimento dell'obbligo contratto collo Stato e risultante a suo vantaggio, ma per chi non fosse stato ceduto e fosse rimasto al servizio dello Stato, come il Piazzesi, nessun diritto fosse esercibile, nè contro lo Stato, perchè, libero questo nell'esercizio del suo diritto e potere discrezionale, era libero di non valersene ; nè contro la Società, chè in mancanza della cessione da parte dello Stato non poteva essere astretta ad adempiere un obbligo da tal condizione dipendente.

Ed ha pure la Corte sotto altro aspetto interpretato erroneamente l'art. 82, ritenendo che la parola *affidate*, in esso usata, dovesse intendersi nel senso di comprendere tutte le strade che, come facenti parte della rete adriatica, erano state concesse in esercizio alla Società ; quandochè la parola *affidate* non può che riguardare le linee date dal Governo alla Società per la costruzione o per gli studi, e non le linee concesse per l'esercizio, mentre, secondo che si è sopra dimostrato, il personale non fu ceduto tutto in massa *ope legis*, ma solo secondo la facoltà discretiva del Governo.

Oltre a che, se si rifletta alle parole adoperate negli art. 82, 79 al confronto di quelle usate negli art. 3 e 4, se si coordinino le due parti dell'art. 82 logicamente, e se si pone mente alla rubrica sotto cui è posto l'art. 82, dovrà ritenersi che i vantaggi, di cui in detto articolo, sono limitati al personale addetto alle linee di cui lo Stato eventualmente affidi alle Società la costruzione, gli studi, la direzione tecnica o il compimento dei lavori in base al disposto degli articoli precedenti.

Infatti negli art. 79 e 82 si adoperò avvedutamente la parola *affidate* perchè si doveva esprimere il concetto di cosa commessa alla fiducia altrui, come avviene nelle costruzioni che si fanno dal concessionario per conto dello Stato, e non si adoperò invece là ove si parla di esercizio, come negli articolo 1 e 4, ove si usa invece il termine « concedere e concedute », perchè l'esercizio era assunto dalle Società per conto proprio. E coordinandosi le due parti dell'art. 82, si scorge che le parole della seconda parte *compiuti i lavori* indicano che nella prima parte s'intese di parlare di costruzioni e studi non ancora compiuti, per cui la preferenza accordata al personale nella seconda parte non può riferirsi che alle linee non ancora compiute, e che il Governo avrebbe *affidate* alle Società con facoltà di cedere anche il personale ad esse addetto. Ed inoltre l'art. 82 è posto nel capo settimo, sotto la rubrica *nuove costruzioni*, la cui materia appunto è regolata in tal capo ; onde ben si argomenta che se coll'art. 82 si fosse inteso dettare una disposizione di ordine generale, come ritenne la Corte, non si sarebbe tale disposizione collocata in tal capo, nè si sarebbe messa insieme e nel complesso di tutte le altre dirette a regolare la facoltà del Governo di affidare le nuove costruzioni e la continuazione delle intraprese alle Società e l'obbligo di queste ad assumerle ; per lo che, dovendo intendersi le disposizioni in relazione al soggetto, logicamente si ricava che con detta disposizione s'intese obbligare le Società ad accettare solo gl'impiegati addetti alle linee ad essa affidate per la costruzione o per gli studi o per la direzione tecnica o pel proseguimento dei lavori, non pure quelli addetti alle linee delle quali avevano avuto solo concesso l'esercizio. E tale interpretazione riesce uniforme a quella già data allo stesso art. 82 da questa Cassazione a sezioni unite nella sentenza del 1896, avendo allora questa Corte ritenuto che, siccome l'art. 82 faceva seguito ai precedenti 78, 79, 81, e siccome era generale e non faceva distinzione, così la logica voleva che si applicasse a tutto il personale di ogni linea *affidata* ai sensi di tutti e tre gli articoli precedenti 78, 79, 81, ma non esteso

però l'applicazione dell'art. 82 oltre il campo della quadruplice ipotesi contemplata negli articoli precedenti, nè lo riferì alle linee date semplicemente in esercizio.

P. q. m., cassa, ecc.

—

TORINO, 31 ottobre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Zamboni — *P. M.* Mazza = Rocca c. Mattarozzi.

La competenza territoriale speciale di cui all'art. 91 c. p. c. ha luogo anche quando la controversia sia determinata da un atto commerciale per una sola delle parti e vale pure per le azioni dipendenti dalla esecuzione del contratto o atto commerciale o connesse alla medesima (1).

Non si contesta che colla compra-vendita di gallette stipulata ed eseguita in Gambava fra il commerciante Mattarozzi ed il contadino Rocca di Volongo, siasi dato vita ad un contratto di sua natura commerciale pel compratore Mattarozzi, e che il venditore Rocca per l'art. 54 c. comm. fosse pure lui per tale contratto soggetto alla legge commerciale, e che di conseguenza per il successivo art. 870 le azioni derivanti dal detto contratto appartenessero anche per lui alla giurisdizione commerciale, che è quanto dire alla competenza del giudice commerciale, facendosi luogo all'applicazione dell'articolo 91 al. c. p. c., come ebbe già da ultimo a ritenere anche questa Suprema Corte colla sentenza 6 agosto 1900, in causa Negri contro Gazzotti; soltanto si sostiene dal ricorrente che avendo il Mattarozzi colla citazione 5 agosto 1900 avanti al conciliatore di Gambava spiegata l'azione per l'indebito nei sensi degli art. 1145 e 1146 c. c., ed essendo tale azione di sua natura civile, doveva citarsi esso Rocca avanti al conciliatore di Volongo, luogo di sua residenza, e non avanti al conciliatore di Gambava, luogo in cui fu consegnata la merce ed eseguita l'obbligazione, non essendo applicabile al caso l'art. 91 c. p. c.

Ma tale motivo non ha fondamento. E di vero, posto in fatto che dal Mattarozzi si chiese la restituzione di L. 100 consegnate per errore in più del dovuto al Rocca, in occasione del pagamento del prezzo delle gallette, non può dirsi che, per l'azione spiegata, sia venuta meno la competenza speciale di cui all'art. 91 c. p. c., essendochè per lo spirito delle sovraricordate disposizioni e per giurisprudenza, tale competenza non è limitata alla pura e semplice esecuzione del contratto, ma si estende anche a tutte quelle domande che sono connesse o dipendono dallo stesso patto contrattuale; e siccome nel concreto la questione si è svolta sulla vera somma dal compratore pagata, così l'azione è tanto connessa al contratto da riferirsi ad un particolare relativo alla sua esecuzione, e cioè al pagamento del prezzo.

E come il Rocca avrebbe dovuto citare il Mattarozzi avanti al conciliatore di Gambava, ove per errore avesse ricevuto 100 lire di meno sul prezzo convenuto, così ne viene che il Mattarozzi con ragione ha citato il Rocca avanti il detto conciliatore, e non avanti a quello del luogo di sua residenza per avere la restituzione di L. 100 in più pagate.

P. q. m., rigetta, ecc.

(1) Decisione correttissima. Sulla questione principale, cfr. da ultimo stessa Corte, 6 agosto 1900, in *Filangieri*, 1901, 46, colla nota.

—

TORINO, 31 ottobre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Invrea — *P. M.* Mazza = Pautasso c. Comune di Pavia.

1. *Sono* documenti necessari, *a sensi dell'art. 528 n. 2 c. p. c., solamente quelli prodotti nel giudizio di merito dalla parte ricorrente e non anche dall'avversario* (1).

2. *È nulla la sentenza di merito che, interpretando un contratto, arbitrariamente aggiunge ad esso un'obbligazione delle parti, nel contratto medesimo non esistente* (2).

Non regge la seconda eccezione desunta da difetto di documenti necessari. La Ditta ricorrente presentò tutti gli atti e documenti da essa prodotti nei giudizi di merito; e già recentemente questo Supremo Collegio decise che non può estendersi ad altri documenti l'obbligazione portata a pena di inammissibilità dal n. 2 dell'art. 528 c. p. c.

Ad abbondanza la Corte osserva che i documenti a cui accenna il controricorrente non sono punto necessari perchè il tenore degli art. 23 e 26 del capitolato d'appalto, che sono i soli caduti in disamina, è concordemente ammesso dalle parti negli atti della

(1) Riguardo al deposito dei documenti necessari al giudizio di cassazione, v. da ultimo stessa Corte, 21 dicembre 1897 in *Filangieri*, 1898, 373 col richiamo: 23 luglio 1900, in *Mon. Trib.*, 1900, 920; Gargiulo. *Cassazione* (nella *Enc. giur.*), p. 210 sg.

(2) Per l'inammissibilità del travisamento come mezzo di cassazione, v. da ultimo Cass. Roma (Sez. un.), 12 ottobre 1899 in *Filangieri*, 1900, 124, colla nota; Lessona, *Man. di proc. civ.*, p. 334.

causa, e per di più la sostanza ne è riferita nella sentenza denunciata.

Con questo mezzo la ricorrente censura la sentenza per aver travisato l'art. 23 del capitolato d'appalto in due modi, ossia:

1.° ritenendo che il medesimo articolo contenesse una obbligazione dell'impresa relativa alla determinazione degli stipendi, mentre neppure ne parla:

2.° ritenendo che il detto articolo conferisse il diritto all'Amministrazione di variare in progresso di tempo il numero del personale fissato dal sindaco al principio dell'appalto.

Riguardo a quest'ultimo punto la sentenza sfugge alla censura, perchè, non essendo ben chiari i termini della disposizione, i giudici di merito non eccedevano i limiti della interpretazione spiegandola nel modo voluto dal Comune.

Ma non può certamente sfuggire alla censura riguardo al primo punto, poichè è evidente che la Corte di Milano aggiunge arbitrariamente al contratto trovandovi una obbligazione della quale non vi è neppure il più lontano accenno.

Basta leggere il testo dell'art. 23 del capitolato quale è incontroverso fra le parti, per vedere a colpo d'occhio non esservi alcuna disposizione che obblighi l'Impresa ad assegnare e mantenere al personale di vigilanza un determinato stipendio, mentre di stipendio neppur si parla.

La Corte milanese pretese trovare cosiffatta obbligazione nel richiamo ivi fatto alla tabella allegata al contratto 27 dic. 1890. Ma è evidente a luce meridiana che il richiamo di detta tabella è fatto al solo scopo di limitare la facoltà al sindaco nella determinazione del numero, e non è lecito estenderlo ad altri effetti senza cadere nell'arbitrario e senza far dire al contratto ciò che assolutamente non dice.

Ond'è che la violazione del disposto dell'art. 1123 c. c., che vuole rispettata come legge la volontà contrattuale della parte, è innegabile.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

NAPOLI, 15 settembre 1900 — *Pres.* Santamaria Nicolini — *Est.* Burali d'Arezzo — Palazzo c. Tocci.

A differenza che in materia contrattuale, i danni morali costituiscono un titolo di risarcimento pecuniario, se siano conseguenza di un delitto o di un quasi delitto (1).

Non approda del pari il terzo motivo del ricorso col quale si assume di non esser dovuto indennizzo alcuno pei danni morali. Sono ormai concordi la dottrina ed il

---

(1) Cfr., da ultimo, stessa Corte, 27 gennaio 1900 in *Filangieri*, 1900, 769, col richiamo. — La giurisprudenza, che pure ha riconosciuto in tanti pronunziati il diritto al risarcimento del danno morale, si mostra fin qui contraria ad ammettere che esso nasca da colpa contrattuale (A. Venezia, 19 giugno '91, *Foro it.*, Rep., 1891, v. *Danni civili*, n. 6; A. Milano, 30 dicembre '93, *Giur. it.*, 1894, I. 2, 344). Nel suo recentissimo lavoro sul *Danno non patrimoniale* (Milano, *Soc. Ed. Libraria*, 1901), il MINOZZI contrasta questa tendenza. « Se l'inadempimento di un rapporto obbligatorio », egli scrive, « è capace di produrre indirettamente una di quelle conseguenze che dànno vita al danno morale, perchè dovrebbe non ammettersene il risarcimento, solo perchè la mancata prestazione era dovuta per contratto? Si garantirebbe in tal modo una privilegiata immunità a favore delle inadempienze contrattuali. Come l'esservi una colpa contrattuale ed una extracontrattuale non esclude che entrambe le specie di colpa creino una responsabilità giuridica, così, siano contrattuali od extracontrattuali i danni morali, entrambi, senza distinzione, debbono dar diritto al risarcimento . . . Cogli articoli 1227-1229 c. c. che contemplano i danni contrattuali, la legge altro non vuole se non che si rispetti la volontà presunta o dichiarata fra le parti e che, nel caso di dolo, vi sia un rapporto diretto ed immediato fra l'effetto valutabile e l'inadempienza di esso. Ciò non esclude che fra i danni compresi in questi limiti possa esservi il danno morale. Esso può bene essere prevedibile o previsto dalle parti e rappresentare una conseguenza immediata e diretta dell'obbligazione. Si dirà che esso non è risarcibile solo perchè danno morale? Lo si potrà escludere se esso non è una conseguenza immediata e diretta, ma non perchè è danno morale. Nè è esatto credere, *a priori*, che il danno non patrimoniale per la sua immaterialità debba sempre essere danno mediato e indiretto. Un tale equivoco ci pare nasca dal ritenere che il contenuto di una obbligazione debba essere sempre pecuniario e che non sia possibile immaginare che dal fatto dell'inadempimento di una prestazione economica possa nascere, come conseguenza immediata e diretta, qualche cosa che non colpisce il patrimonio. Questo concetto è erroneo, perchè parte da un presupposto erroneo: non è esatto che il contenuto delle obbligazioni debba essere esclusivamente economico. Il concetto dell'interesse si allarga col crescere dei bisogni, con la civiltà, in modo che non solo gli interessi economici possono essere oggetto di un rapporto obbligatorio, ma qualunque altra specie d'interessi, siano pure ideali. Non è il solo patrimonio il bene che si tiene di mira nell'obbligarsi: vi sono molti altri beni e bisogni che si presentano nella vita e che formano oggetto di rapporti contrattuali. L'inadempimento di uno di questi rapporti può benissimo dar luogo al danno morale, producendo la mancanza di uno svago, il patema dell'animo, il turbamento della quiete . . . In generale pensiamo si

foro nel ritenere che se in materia di obbligazioni contrattuali non è dato domandare indennizzo per danno morale che il creditore risente a carico dell'inadempiente dell'obbligazione, sul riflesso che i contratti hanno per obbietto interessi economici e che il rimborso domandato dal creditore deve perciò riferirsi a danno pecuniario, non pongono in dubbio d'altronde che sempre quando deriva l'obbligazione da delitto o quasi delitto, ai giudici di merito è consentito concedere l'indennizzo anche per danno morale, massime quando da essi ne sia derivato pregiudizio economico, ed in questa ipotesi è prudente consiglio nella determinazione dell'indennizzo togliere a norma il nocumento economico verificatosi. Nè si obbietti che in tal modo si snatura il concetto del danno morale e s'incorre pure nel vizio di dar due volte l'indennità del danno patrimoniale. In vero non regge il primo assunto dacchè per l'art. 1151 c. c., ove sia derivato dal fatto delittuoso un pregiudizio, ne è concesso il rimborso senz'alcuna distinzione tra danno materiale e morale, e d'altronde la pena pecuniaria è la sola sanzione efficace del diritto della parte lesa, ed il magistrato può ben estimare il nocumento derivato dal danno morale.

Quante volte è accertato il pregiudizio reale ed effettivo che dal danno morale è derivato, non può sottrarsi l'autore al rimborso; e le considerazioni dei giudici di merito, che cioè la somma concessa per danno morale si presentava come equo compenso di quel turbamento economico che dovettero produrre nel Tocci le preoccupazioni, la perdita di tempo e l'abbandono degli affari generali a causa del delitto compiuto in suo danno, giustificano sempre più il diritto alla rivalsa del danno morale derivato al Tocci dal fatto delittuoso del ricorrente.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 13 settembre 1900 — *Pres.* Mussita — *Est.* De Giuli — *P. M.* Mancini = Segrè c. Frasca ed Algostino.

1. *Non occorre la iscrizione in falso per impugnare di simulazione un atto pubblico.*

2. *La prova della simulazione in un atto scritto può essere data per mezzo di testimoni anche se l'atto contenga una convenzione con oggetto superiore alle L. 500* (1).

La invocata violazione dell' art. 1317 del cod. civ., di cui nel primo mezzo del ricorso, si vorrebbe basata essenzialmente ad un erroneo concetto dalla Corte manifestato intorno alla interpretazione a darsi alle parole in tale articolo contenute « fatti seguìti alla presenza del notaio ».

Si osserva dalla ricorrente che la prova testimoniale diretta a porre in essere che il Giovanni Pechenino avesse lucrato i denari del mutuo incassando egli solo la somma destinata invece ad estinguere le passività della minorenne sua figliastra, urta assolutamente coll'atto pubblico Provera che attesta dell'incasso delle L. 6000 materialmente fatto non dal solo Pechenino, ma insieme con lui dalla moglie Cecilia Frasca, che interveniva in quel rogito in nome proprio e quale rappresentante legale della figlia Teresa Antonietta Frasca.

Si dice, la Corte ha confuso la tesi della simulazione circa le intelligenze contrattuali col punto ben diverso dell'esistenza di fatti seguìti in altro modo da quello dal notaio attestato essere avvenuto in presenza sua e dei testimoni dell'atto.

---

possa dire che, riconosciuta la esistenza giuridica del danno morale, qualunque tentativo di limitarne il risarcimento in base alla sua origine non è spiegabile. Se il danno morale esiste, ed è conseguenza diretta ed immediata nell'inadempimento, bisognerà sempre risarcirlo, qualunque sia la sua origine ».

(1) Dice bene a proposito il FERRARA: l'atto pubblico non fa fede che di ciò che il pubblico ufficiale attesta d'esser materialmente avvenuto in sua presenza, e il falso consiste appunto nell'alterazione di questa verità obbiettiva: ma la sincerità di ciò che si dichiara, la realtà dell'intenzione dei contraenti, rimane completamente estranea all'atto ed indipendente dalla sua autenticità. L'elemento subbiettivo dei contratti non può essere soggiogato da alcuna forma, tranne che nei contratti formali; del resto esso aleggia libero nella mente di coloro che entrarono in relazioni giuridiche. La realtà quindi o non realtà del medesimo è provabile indefinitivamente, salve le limitazioni nei mezzi di prova. Ma non basta: talora un fatto è attestato dal notaio e pure se ne contesta la verità. Così tutti i giorni si rappresentano delle commedie davanti al pubblico ufficiale: numerazione di pecunia, rilascio di cambiali, consegna di titoli, ecc. e poi quando le parti escono fuori, il denaro in parte è restituito, dei titoli si fa un uso affatto diverso e così via. Ora, è necessario qui attaccare il falso? Nemmeno, perchè la verità obbiettiva attestata nell'atto non è contraddetta, ma si contesta la sincerità di essa (*Della simulazione nei negozi giuridici*, p. 204. Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901). — Riguardo all'ammissibilità della prova testimoniale, cfr. ivi i cap. VI, VII, pagg. 166, 191 segg. — Per l'inammissibilità della prova stessa al fine di dimostrare la simulazione nei rapporti fra le parti contraenti, v., da ultimo, App. Roma, 15 ottobre 1898, in *Filangieri*, 1899. 388, col richiamo.

È assolutamente infondata questa censura mossa alla sentenza della Corte di merito, la quale nel modo il più giuridicamente esatto ha posto principî inconcussi circa la prova documentale, di cui è cenno nell'art. 1317 c. c.

Vuolsi innanzi tutto ritenere che la prova dedotta, avendo per obbietto di affermare che le dichiarazioni seguite avanti il notaio non corrispondevano alla verità dei fatti realmente verificatisi nei rapporti delle parti contraenti, tendeva evidentemente a porre in essere una simulazione dell'atto.

Ciò posto, non può recarsi in dubbio che la piena fede attribuita all'atto pubblico non copre le eccezioni di simulazione, sì che la intrinseca verità dei fatti dichiarati dai contraenti può ognora essere esaminata in sede di giudizio civile ordinario indipendentemente dalla iscrizione in falso.

Non può dirsi che si impugni la fede dovuta all'atto autentico tuttavolta che non si contraddicono le dichiarazioni fatte innanzi al notaio e da lui trascritte, ma si afferma che quelle dichiarazioni non corrispondono alla verità.

Infatti l'atto pubblico fa bensì piena fede della realtà delle dichiarazioni in esso emesse dalle parti, ma non altresì della loro sincerità.

La Corte di merito, seguendo questi principî, ha fatto buon governo della legge. Non entra poi nelle attribuzioni di questo Supremo Collegio il conoscere se i fatti dedotti rispondano o meno alla prova di simulazione. Il magistrato di merito ha in tal caso incensurabilmente apprezzato.

Asserisce la ricorrente d'aver opposto innanzi la Corte d'appello che non è ammessa simulazione là ove non sia provata o addotta una causa a simulare, e che tale causa non poteva rintracciarsi nel lucro di un 2 per cento d'interesse maggiore di quello risultante dal rogito Provera.

—

TORINO, 29 agosto 1900 — *Pres.* Mussita — *Est.* Prato — *P. M.* Piroli = Barbero c. Chiarino.

Anche dopo la legge del 1892 e del 1895, l'appello per questione di competenza dalle sentenze normalmente inappellabili dei conciliatori continua ad essere regolato esclusivamente dall'art. 459 c. p. c. (1).

Come fu ripetutamente giudicato da questa e da altre Corti regolatrici, l'art. 459 cod. proc. civ. non fu in modo alcuno abrogato nè dalla legge 16 giugno 1892, nè dalla successiva 28 giugno 1895 sugli uffici e competenza dei conciliatori, colle quali, elevatasi la competenza di questi, unicamente venne variato il termine e la forma dell'appello nelle cause di valore superiore alle L. 50, in quanto l'appello avesse tratto al merito della controversia.

Finchè la competenza dei conciliatori fu ristretta alle cause di minimo valore, era ragionevole prescrivere, in relazione alla natura e allo scopo della loro istituzione, l'inappellabilità delle loro sentenze; ma altrettanto ragionevole era di ammettere l'appello nei casi d'incompetenza, onde non avvenisse che incompetentemente da essi si giudicasse. Così pure fu ragionevole far luogo all'appellazione quando, portatasi la competenza di questi giudici a conoscere delle cause di valore superiore a quel minimo che in origine erasi stabilito, l'interesse maggiore delle parti doveva essere maggiormente tutelato coll'esperimento di un secondo giudizio.

Le disposizioni quindi delle leggi del 1892 e del 1895 non ad altro possono riferirsi fuorchè agli appelli relativi al merito della controversia e alle sentenze che in merito abbiano pronunciato.

Ma quando la questione si limita puramente e semplicemente alla competenza, altre disposizioni non possono al caso trovare applicazione, fuorchè quelle di cui agli art. 456, 457 e segg. c. p. c. Così è che, se le parti non propongono l'azione di incompetenza, o se il conciliatore non abbia creduto di elevare d'ufficio l'incidente sulla sua competenza per materia o valore, od altrimenti, prima della sentenza di merito, l'incidente non sia stato sottoposto al pretore a senso degli art. 456 e 458, l'appello deve proporsi, qualunque sia il valore della causa, nelle forme e nei termini prescritti sotto pena di nullità dall'art. 459 del codice di rito.

Così essendo le cose, affatto destituito di fondamento si appalesa il ricorso del Barbero. In verità risulta che l'unico motivo dell'appello da esso proposto contro la sentenza del conciliatore, quello è che il conciliatore non fosse competente a conoscere della domanda del dott. Chiarino perchè questa, sebbene limitata a L. 50, era fondata sopra una ragione di danni di gran lunga superiori alle L. 100, cagionati dal suo figlio minorenne. Non è contestato, nè può contestarsi che della eccezione d'incompetenza, comunque proposta dal Barbero, il conciliatore non si è in modo qualsiasi occupato nella sua sentenza, nè la medesima sottopose al pretore prima di pronunciare in merito la condanna al pagamento della

(1) Cfr. da ultimo stessa Corte, 30 dicembre 1899 in *Filangieri*, 1900, 282 colla nota.

somma di L. 50, formante oggetto della proposta domanda. Risulta ancora che quella sentenza fu al Barbero regolarmente notificata il 23 ott., e che questi ne appellò con atto di citazione per biglietto in data 31 stesso mese, senza fare alcuna dichiarazione al cancelliere del conciliatore, e senza curare alcuna notificazione della dichiarazione stessa all'altra parte.

Ora, se è vero che per l'art. 459 c. p. c. colui che intende proporre appello dalle sentenze dei conciliatori perchè incompetentemente abbiano giudicato, deve, sotto pena di nullità, farne dichiarazione al cancelliere del conciliatore, nel termine di tre giorni dalla notificazione della sentenza e in egual termine notificare successivamente all'altra parte copia di tale dichiarazione, bene giudicò il pretore di Venasca ed esattamente applicò nella denunciata sentenza il citato art. 459, dichiarando nullo ed inammissibile l'appello del Barbero, per la inosservanza delle forme e dei termini dalla legge per tale atto prescritti.

Nè valgono in contrario gli sforzi che il ricorrente fa per dimostrare il buon fondamento della proposta eccezione di incompetenza, giacchè, a parte il riflesso che non potrebbe la Corte regolatrice, senza erigersi a giudice di merito, seguirlo nelle sue argomentazioni, ben disse il pretore che, fosse o non competente il conciliatore, l'appello doveva essere proposto secondo il più volte citato art. 459, appunto perchè, non sul merito della controversia, per cui l'appello è regolato dalla legge del 1895, ma unicamente sulla questione di competenza dovevasi decidere.

In sostanza equivoca il ricorrente quando pone per provato ciò che non è, ed emerge anzi implicitamente escluso dalla sentenza del conciliatore, e cioè che si tratti di una causa di valore superiore alle L. 100.

Cade poi in evidente errore quando vuole estendere gli effetti della legge del 28 giugno 1895, la quale, in ragione dell'allargata competenza dei conciliatori, ha ammessa l'appellabilità dalle loro sentenze nelle cause di valore superiore alle L. 50, ed ha dato le norme per l'appellazione dalle sentenze stesse, agli appelli in materia di competenza, i quali continuano ad essere disciplinati dall'art. 459 c. p. c., che mai fu abrogato, ed a cui anzi fa espresso richiamo l'art. 17 della legge del 1892, con cui fu elevata la competenza originariamente assegnata agli uffici di conciliazione.

Dimentica infine che della sollevata eccezione di competenza non poteva il pretore giudicare se non a seguito di trasmissione fattagli dal conciliatore del suo avviso nel senso degli art. 456 e 458 c. p. c., o, in difetto di tale trasmissione, sopra appello proposto dalla parte nei termini, nella forma e pei motivi indicati dall'art. 459 in relazione all'art. 481 codice stesso.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

NAPOLI, 14 agosto 1900 — *Pres.* Corbara — *Est.* Burali D'Arezzo — Pellicano c. Riario.

La domanda diretta ad ottenere la dichiarazione che un credito sia simulato appartiene sempre alla competenza del foro del convenuto, anche se l'attore domandi, in conseguenza, l'annullamento d'una iscrizione ipotecaria.

I ricorrenti signori Pellicano e la Banca d'Italia col I e col III motivo si dolgono per essersi respinta colla denunziata sentenza l'incompetenza così per territorio come per connessità. Or la dedotta incompetenza per territorio manca di qualsiasi fondamento giuridico ove si consideri che la signora Riario, col suo libello istitutivo della lite, chiese dichiararsi simulato ed in ogni caso fraudolento l'istrumento del 15 genn. 1886, e di poi circoscrisse la sua domanda alla sola simulazione dello stipulato, il perchè trattasi di azione personale per la quale la competenza va determinata dal principio « actor sequitur forum rei ».

Nè potrebbe ritenersi reale l'azione per essersi alla dimanda di simulazione del contratto aggiunta l'altra della nullità così dell'ipoteca presa da Francesco Pellicano sul fondo Prateria come della costituzione di pegno a favore della Banca d'Italia, e molto meno giova obiettare che avrebbe dovuto proporsi l'azione presso il tribunale di Palmi ove è sito il fondo gravato dalla ipoteca, dappoichè non è a confondere lo scopo principale dell'azione della signora Riario, che riguarda la simulazione dell'istrumento suddetto, con la domanda conseguenziale ed accessoria dipendente dalla nullità del titolo in virtù del quale l'ipoteca venne pubblicata. È risaputo infatti che ai termini dell'art. 99 c. p. c., l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale è chiamata a decidere anche l'azione accessoria, non potendo questa portarsi alla conoscenza di diversa autorità giudiziaria. Oltrechè la dottrina è pacifica nel riconoscere che per determinare se l'azione proposta in materia ipotecaria sia mobiliare o immobiliare occorre esaminare lo scopo e la natura della controversia direttamente e principalmente dedotta in giudizio; or se nella specie la quistione precipua volge sulla inesistenza e simulazione del credito del sig. Francesco Pellicano, del quale credito a garentia sta l'ipoteca, l'azione è personale; sicchè ben

si adì il foro del domicilio del convenuto Pier Domenico Pellicano.

—

ROMA. 28 luglio 1900 — *Pres.* Caselli *Est.* Niutta = Banca Mutua Popolare di Ferrara c. Busi ed altri.

A sensi e per gli effetti di cui all'art. 1969 n. 5 c. c., gli onorari doruti al difensore sono compresi nelle spese della difesa.

Col V mezzo s' impugna la sentenza nella parte in cui ritenne che l' ipoteca legale sui beni dei condannati, iscritta a norma dell'art. 1969 n. 5 c. c., serva anche a garantire gli onorari dei difensori dell' imputata, i quali onorari sarebbero quindi compresi nelle spese per la difesa, che giusta l'ultima parte del citato articolo sono preferite alle spese di giustizia ed al risarcimento dei danni.

Per converso la sentenza ha interpretato la riferita disposizione secondo la giusta sua portata, non potendo esser dubbio che nei giudizi penali l'opera dell'avvocato occupi il principal luogo nella difesa degl'imputati, onde, dovendo quest'opera essere retribuita, la spesa correlativa rientra necessariamente in quelle occorrenti per la difesa.

Non fa mestieri di una espressa disposizione anche per gli onorari nell'ultima parte del citato articolo, giacchè, parlandosi ivi di « spese per la difesa » in termini generalissimi, non potevano da queste intendersi escluse quelle pel patrocinio dei difensori, il cui intervento è dalla legge stessa dichiarato indispensabile per la difesa degl' imputati che non siano contumaci.

Non giova qui opporre di potere gli accusati dispensarsi dall'eleggere un difensore di propria fiducia provvedendo in ogni caso la difesa di ufficio alla mancanza di avvocati eletti dalla parte. Da ciò non è lecito trarre la conseguenza che, quando l' imputato abbia affidato il proprio patrocinio a difensori da lui prescelti, non contragga verso di essi un'obbligazione, che, avendo per causa la propria difesa, ricade tra quelle spese a cui per l'art. 1969 è dovuta con preferenza la garantia dell' ipoteca iscritta in favore dello Stato sui beni dei condannati.

La ricorrente mal si avvisa di poter ricavare un argomento in favore del suo assunto dalle disposizioni della tariffa in materia penale, e propriamente dall'art. 111, che fa consistere le spese per la difesa degl' imputati ed accusati nella notificazione della lista dei testimoni, nella loro citazione e nelle indennità dovute ai medesimi.

Le spese contemplate in codesta disposizione fanno parte delle spese di giustizia repetibili, di cui si occupa il titolo 1.° della tariffa penale, cioè di quelle spese che vanno riscosse d'ufficio nei modi speciali all'uopo stabiliti nella medesima tariffa.

Gli onorari degli avvocati e le spese potute fare nell' interesse dell' imputato, se non vanno compreso tra quelle ripetibili a cura dei cancellieri, non per questo cessano di essere vere e proprie spese per la difesa, che, pur andando riscosse in modo diverso da quello stabilito per la ripetizione delle spese di giustizia, debbono godere del privilegio accordato dalla legge in termini amplissimi alle spese per la difesa.

Nel medesimo art. 1969 sono distinte le spese di giustizia dovute allo Stato e quelle della difesa; onde se tra le prime vanno comprese, a norma della tariffa, anche le spese per citazioni e indennità ai testimoni chiamati nell'interesse dell' imputato, le proprie spese per la difesa che la legge non solo enuncia separatamente, ma contrappone a quelle di giustizia per renderle preferibili a tutte le altre, debbono essere affatto diverse, e cade quindi l'argomento che vuolsi trarre dalla limitazione fatta dall'art. 111 della tariffa per attribuire il privilegio alle sole spese per i testimoni, senza dire che codeste ultime spese, quando siano fatte nell' interesse dell' imputato, debbano intendersi che vadano comprese tra quelle ripetibili a cura dei cancellieri, semprechè siano state anticipate dall' Erario.

Senz'alcun profitto per la tesi della ricorrente si è allegato l'art. 204 della medesima tariffa, dove è stabilito che le somme dovute ai difensori per i loro onorari debbono essere da essi riscosse osservando le prescrizioni dettate per le altre cause in materia civile.

Il diverso procedimento da tenere per la ripetizione degli onorari non può esercitare alcuna influenza sulla questione presente, che consiste nel sapere se l' ipoteca di cui parla l'art. 1969 c. c. possa giovare anche al credito di onorari dei difensori; anzi l'argomento potrebbe essere ritorto contro la stessa ricorrente, imperocchè se questa si avvisa di limitare il privilegio alle sole spese per testimoni desumendone la ragione da quel che è stabilito per la ripetizione delle spese di giustizia, la ragione viene a mancare quando la legge stessa per la ripetizione degli onorari prescrive norme affatto diverse.

Non è infine da tener conto dell'obbiezione che pur si è fatta, di potere il credito degli onorari, per la sua esorbitanza e per il numero degli avvocati che siansi potuti adibire senza ragionevole necessità, diventare così gravoso da assorbire in danno degli altri creditori una gran parte del patrimonio del condannato.

In tale guisa si alterano i termini della quistione, imperocchè ora non trattasi di sapere se dovesse il credito degli avvocati ridursi a più giusta misura per legittime impugnazioni che possono competere ai terzi a tal effetto, ma la disputa cade soltanto sulla garanzia ipotecaria che al credito medesimo possa competere secondo la giusta intelligenza dell'art. 1969 c. c.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 28 giugno 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Bellati — *P. M.* Garelli = Cerrone c. Pellosio De Benedetti & C. e Banca Popolare di Milano.

1. *Il girante di una cambiale, che la rimborsò al possessore decaduto dall'azione di regresso, non può ripetere il pagato se eseguì il rimborso per errore inescusabile.*

2. *Il dichiarare che l'errore è inescusabile equivale a dire che il girante, non potendo a meno di conoscere che la cambiale era pregiudicata, se la pagò, lo fece volontariamente, e così rinunciò a far valere l'eccezione di decadenza* (1).

Sull'unico mezzo del ricorso, consistente nella pretesa violazione e falsa applicazione dell'art. 1237 c. c., il Cerrone impugna la denunciata sentenza del tribunale di Milano per avere essa respinto la domanda che egli proponeva contro la ditta Pellosio Debenedetti per il rimborso delle L. 257.50 versatele in via di regresso per mancanza di pagamento del titolo cambiario emesso da Colandri Antonio a favore di Bertolino Salvatore, e pervenuto poi per via di successive girate a mani della ditta Pellosio De-

---

(1) Il *Monitore dei Tribunali* (1901, 29) accompagna questa decisione con la seguente pregevolissima annotazione: « Generalmente gli scrittori di diritto commerciale che trattano la questione negano la ripetizione, eccettuato il caso che il pagamento sia stato determinato da dolo del possessore della cambiale pregiudicata: PARDESSUS, *Cours de droit comm.*, vol. I, n. 434; BOISTEL, *Précis de droit comm.*, n. 829; BORSARI, *Comm. al cod. comm. del 1865*, vol. I n. 871; VIDARI, *Corso di dir. comm.*, VII, n. 4182; SUPINO, *Commento al cod. di comm.*, VIII, n. 556. Nessuno di essi distingue tra errore scusabile e inescusabile; tutti eccettuano il caso di dolo del possessore, il qual caso non forma veramente eccezione, perchè il girante che fu vittima del dolo è autorizzato ad impugnare il pagamento per causa di dolo e non di semplice errore. Alcuni (Pardessus, Vidari, Supino), per negare la ripetizione, aggiungono che il girante, rimborsando al possessore l'importo della cambiale presentata, soddisfa ad una obbligazione naturale; non dimostrano però che siffatta obbligazione sopravviva all'obbligazione cambiaria di regresso estinta per inosservanza delle formalità prescritte dalla legge per conservarla in vita. Più cautamente si esprimono LYON-CAEN e RENAULT (*Traité de droit comm.* IV, n. 419), i quali si limitano a dire che gli interessati possono rinunciare a far valere la decadenza, sia espressamente, sia tacitamente: i giudici del fatto sono sovrani per decidere se la rinuncia esista o no.

Può parere ripugnante di ammettere la volontarietà del pagamento eseguito per errore, solo perchè l'errore sia inescusabile. Se chi pagò per errore *scusabile* può ripetere il pagato, perchè la sua volontà era diretta a soddisfare una obbligazione civilmente esigibile, mentre questa in realtà non era tale, non sarà almeno egualmente autorizzato alla ripetizione chi pagò per errore *inescusabile*, mentre questo non meno di quello, e forse maggiormente, suppone la mancanza di volontà? Dicendosi in questo caso che il pagamento è stato *volontario*, che il pagatore ha voluto rinunciare ed ha rinunciato ad opporre la decadenza del possessore, non si viene in sostanza a dirgli, per conservare all'atto il requisito della volontarietà: sta bene che diciate di aver pagato per errore, ma l'errore che allegate è così grossolano, anormale, che io non posso e non debbo credervi. In verità gli si dice questo, e glielo si dice per riguardo all'interesse di chi ha ricevuto il pagamento. Imperocchè costui, domandando il pagamento di un debito, già estinto per decadenza o per prescrizione, non può ragionevolmente supporre che il debitore si presti a pagarlo senza prevalersi dell'eccezione che gli spetta, per grossolana disattenzione o ignoranza di diritto o di fatto, e deve quindi supporre nel debitore la volontà di rinunciare a detta eccezione. Se si ammettesse in questo caso la ripetizione, si disconoscerebbe la ragionevole supposizione fatta dal creditore riguardo alla volontà del debitore, e lo si obbligherebbe a restituire ciò che egli doveva ritenere di avere irrevocabilmente acquistato. Mi pare che in questo modo l'illustre prof. GABBA spieghi l'effetto dell'errore inescusabile nel suo pregevole *Contributo alla dottrina dell'errore nel diritto civile italiano* (*Giurispr. ital.*, 1900, I, 2, 641-698). Ivi, c. 682, parlando dei casi in cui si richiede l'errore probabile o scusabile perchè l'errante se ne avvantaggi, dice: Non è già che si voglia far carico all'errante di essere stato meno diligente che non sia la comune degli uomini, che cioè l'errore suo non reputisi idoneo a prosciogliorlo da obblighi e diritti solo perchè difficilmente altri lo avrebbe commesso; il motivo è ben altro. « Gli è piuttosto che un errore di fatto enorme ed eccezionale non può l'altra parte avere supposto, sicchè essa abbia invece creduto che la persona sua o la cosa sia stata accettata quale di fatto essa è ». Si può ben anche citare il WINDSCHEID (*Pandette*, § 426, nota 14) il quale, mentre vorrebbe che razionalmente non si facesse distinzione tra errore scusabile e inescusabile, esprime l'opinione che il diritto romano negasse valore all'errore inescusabile per un riguardo al creditore che ha calcolato di poter ritenere la prestazione avuta.

benedetti, che a sua volta lo aveva girato alla Banca Popolare di Milano.

Il Cerrone chiedeva dalla ditta Pellosio Debenedetti il rimborso della menzionata somma, perchè avendo egli, a sua volta, agito in via di regresso contro il suo girante Bertolino, questi si era opposto alla di lui domanda per invalidità del titolo cambiario che gli si voleva ritornare, stantechè la dichiarazione di non poter pagare emessa dal Colandri in sostituzione del protesto, a norma dell'art. 307 c. comm., e dalla Banca Popolare accettata, non era stata, giusta la prescrizione del detto articolo, registrata nel termine di due giorni. E siccome il tribunale di Milano accolse tale opposizione respingendo nel medesimo tempo l'azione di garanzia proposta dal Cerrone contro la ditta Pellosio Debenedetti, così lo stesso Cerrone ricorre ora a questo Supremo Collegio contro la denunciata sentenza, tacciandola di erroneità per avere con falso criterio applicato contro di lui onde negargli l'azione in garanzia il capoverso dell'art. 1237 c. c., il quale dice che la ripetizione dell'indebito non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte.

E qui egli si assume di dimostrare che il suo pagamento non fu volontario perchè determinato da errore, credendo egli che il titolo ritornatogli dalla Ditta fosse valido, mentre in realtà non lo era; e che la sua obbligazione verso la Ditta non era naturale, ma bensì civile, conciossiachè, se egli era tenuto a restituire alla Ditta la somma ricevuta in conseguenza della girata, questa dal suo canto aveva l'obbligo di restituirgli il titolo in condizione di poter anch'egli esercitare il suo regresso verso i giranti anteriori a lui; onde essendovi reciprocità di obbligazioni si era nei termini di un vincolo strettamente civile.

Senonchè la risoluzione data dal tribunale alla insorta controversia impedisce che se ne possa ottenere l'emendamento in questa sede.

Il tribunale disse che l'errore inescusabile del Cerrone, di pagare ciò che avrebbe avuto diritto di rifiutare, ostacolava la ripetizione dell'indebito.

Con ciò egli volle dire in sostanza che il Cerrone, non potendo a meno di conoscere il vizio da cui si trovava affetto il titolo cambiario che gli si offriva in ritorno, se pagò, lo fece volontariamente, e così rinunciò ad ogni diritto di ripetizione.

Ora, a fronte di un tale apprezzamento emesso dal tribunale in linea di puro fatto e dietro lo scandaglio di tutte le circostanze concomitanti l'eseguito pagamento, che gli hanno prodotta quella convinzione, non si può più venire innanzi a questa Suprema Corte ad allegare che il pagamento non fu volontario, ma determinato dal solo errore.

La volontarietà poi del pagamento così accertata rende inutile la questione di vedere se nella specie si trattasse di obbligazione naturale o civile, perchè, comunque sia la cosa, quando si paga volontariamente, con intenzione di rinunciare ad ogni eccezione che poteva competere per contrastare il pagamento, questo non si può ripetere.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

NAPOLI, 22 giugno 1900 — *Pres.* Alvati — *Est.* Cosenza = Cosenza c. Cosenza.

1. *Possono essere proposte contemporaneamente l'azione di manutenzione e quella di reintegra del possesso* (1).

2. *Non si ammette azione possessoria contro l'atto del confinante che abbia addossate delle costruzioni al muro divisorio del fondo ed abbia al muro stesso attaccato un cancello.*

Il sig. Luigi Cosenza con atto 22 novembre 1898 dichiarava al sig. Francesco Cosenza, che egli era proprietario di un fondo rustico nel Comune di Vico Equense alla così detta *punta di semboli*, circondato da un muro di sostegno che si stende lungo la strada provinciale, e poi facendo gomito in un punto della strada suddetta si stende lungo una via nel fondo del convenuto: che era piaciuto a costui, nel punto ove il muro ripiega, di elevare opere murarie e di attaccarvi un cancello. Tutto questo offendeva i diritti del ricorrente e quindi chiedeva la riduzione delle cose *ad pristinum.*

Su questa citazione il pretore adìto dispose una prova ed una perizia.

Il sig. Francesco Cosenza produsse appello contro siffatto pronunziato sostenendo la improponibilità dell'azione.

Il tribunale di Napoli con sentenza 14 dic. 1899 fece diritto al gravame, e questo pronunziato viene denunziato alla censura di questo Supremo Collegio per tre motivi.

La sentenza impugnata, se pure erronea in qualche punto, non è certo censurabile fino al punto di meritare l'annullamento. E difatti è un principio erroneo in diritto quello enunciato nella sentenza in

---

(1) Cfr. da ultimo Cass. Firenze, 10 marzo 1898 in *Giur. ital.*, 1899, I, 1, 120: Cass. Torino, 15 ottobre 1897 in *Mon. Trib.*, 1898, 579: Trib. Roma, 14 dicembre 1885, in *Filangieri*, 1885, 2, 919. — Cons. in arg. BUTERA, *Esercizio cumulativo di manutenzione e di reintegrazione*, in *Foro it.*, 1899, 1278

esame che non potesse cumularsi l'azione di spoglio con quella di manutenzione, giacchè se entrambe hanno la stessa finalità, cioè la tutela del possesso, non ne è certo vietato l'esperimento cumulativo come costantemente in molti pronunziati questo Supremo Collegio ha ritenuto. Però, tolto di mezzo questo errore di diritto, per tutt'altro la sentenza è conforme alla legge.

E difatti ritiene la sentenza suddetta che Luigi Cosenza non altro chiese al pretore se non di esser mantenuto nel possesso di tutte le servitù che sono implicite ai muri divisori e quindi non avesse voluto alludere che alla necessità che può avere un proprietario di accedere nel fondo del vicino per riparazione o ristauri necessari al muro anzidetto nei sensi dell'art. 592 c. c.

Ma un diritto di simil fatta non è capace di possesso e perciò non può dar luogo ad un'azione possessoria. Esso non è un *ius in re aliena*, nè va tra le servitù le quali implicano nel proprietario del fondo dominante la facoltà di esercitare il suo diritto in ogni tempo e sempre che glie ne venga il talento, senza che il proprietario del fondo serviente potesse impedirlo, *facultas utendi ut velis*. La servitù sulla cosa altrui si esercita con atti continuativi e volontari, mentre quella concessa dall'art. 592 richiede la prova della necessità di usarne, necessità che può non verificarsi per un lungo spazio di tempo.

Inoltre questo diritto, che s'impone *rebus ipsis dictantibus*, non è capace di possesso, perchè può non essere esercitato e per questo non si perde; è, in somma, figlio della massima che bisogna fare tutto quello che a noi non nuoce e ad altro giova, ed è creato dalle relazioni di vicinato e più dalla legge di natura che dal diritto civile; or sino a quando non se ne verifica il bisogno, non è esercibile. Se è così, non può patire violazione di sorta, la quale potesse dar luogo all'azione *retinendae possessionis*. Epperò ben dissero per questa parte i giudici di merito allorchè dichiararono inammissibile l'azione.

Ma, si soggiunge, con altro mezzo del ricorso, che il muro non era comune, e che anche che fosse comune non si poteva alterare lo stato dei luoghi senza vulnerare l'altrui possesso.

Dapprima si osserva che avendo il tribunale ritenuto la comunione, non è dato al Supremo Collegio di infliggere censura di sorta trattandosi di materia di puro fatto.

Inoltre se il muro fosse di esclusiva proprietà del ricorrente per questo non vi sarebbe turbativa di possesso, perchè il diritto a renderlo comune vien dalla legge e sarebbe solo quistione d'indennità.

Infine, essendo comune, come ha ritenuto il tribunale, ognuno dei condomini può fare nella cosa comune tutto quello che non altera il godimento dell'altro. Ora se il Francesco non fece altro che appoggiarvi un cancello, non per questo il godimento del Luigi viene a soffrirne diminuzione di sorta. Imperocchè il godimento di una cosa può essere alterato, sol quando essa non può più servire all'uso cui vien destinata.

Ora il muro in quistione, che serve di sostegno al fondo superiore per quell'appoggio, certo non perde la sua destinazione, ma sostiene, come sosteneva prima, la proprietà soprastante.

Dunque non havvi attentato alcuno al possesso. Solo se potesse quell'appoggio arrecare un possibile danno, sarà quistione di pretendere opportune cautele, non mai potrà parlarsi di attentato al possesso; perchè l'appoggio era per legge permesso non alterando punto il godimento del vicino.

Stante ciò, il ricorso va rigettato con la condanna del ricorrente alle spese ed alla perdita del deposito, giusta l'art. 531 c. c.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

PALERMO, 9 giugno 1900 — *Pres.* Majelli — *Est.* Trasselli — *P. M.* Gionfrida = Ferrantelli c. D'Anna.

Il padre non risponde a sensi dell'art. 1153 c. c. pel proprio figlio minorenne secolui abitante nominato a sua insaputa custode giudiziario (1).

La sollevata violazione dell'articolo 1153 del cod. civ. non è sussistente. La responsabilità del padre pei danni cagionati dal figlio minore, abitante col medesimo, posa sopra una presunzione di colpa del genitore di non avere egli usato verso il figlio quella vigilanza che a lui è imposta come esercente la patria podestà. Codesta presunzione però, ai termini del succennato art. 1153, cede di fronte al fatto che il padre non abbia potuto impedire il fatto del figlio minore che produsse il danno, colposo o no, non importa ai fini della responsabilità civile del padre.

Ora il giudice del merito, sotto il primo aspetto, ciò ritenne in punto di fatto, che il padre trovossi nell'impossibilità di impedire la nomina in persona del figlio minore di custode giudiziario, in occasione a quale custodia vuolsi che ne sia derivato un danno

(1) Nella specie, ogni responsabilità era certamente esclusa dalla circostanza che l'usciere aveva fatto quanto non gli era lecito, delegando alla custodia un incapace, come bene osserva la sentenza.

al creditore pignorante. E se è vero in diritto che la questione di fatto *in arbitrio est iudicantis*, e perciò insindacabile in sede di cassazione, la conseguenza legale ricavata dal giudice medesimo, quella cioè della irresponsabilità del padre, nel fatto in esame è una conseguenza necessaria della sua premessa di fatto, in applicazione dell'ultimo alinea del detto art. 1153.

Non è lecito dubitare che il figlio minore non poteva legalmente assumere la qualità di custode giudiziario; ma se fu nominato dall'usciere nell'interesse del creditore pegnorante senza il consenso del padre, anzi alla sua insaputa, come disse il giudice del merito, donde egli ne trasse l'affermazione di fatto che il padre non potè impedire tale nomina, esula in tale ipotesi la colpa del genitore, perchè la di lui vigilanza come conseguenza dell'esercizio della patria podestà non può giuridicamente giungere sino al punto di dovere impedire che altri contragga col di lui figlio minore, e se ne risulta un danno, è un danno voluto da colui che contrae coll'incapace; ed in tale caso impera la regola di diritto del giureconsulto Pomponio: « quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire ».

Ed il giudice del merito anche sotto un altro aspetto escluse la responsabilità del padre con quest'altra affermazione: che non avendo il creditore pignorante curato a tempo debito di promuovere la vendita degli oggetti pignorati, il custode giudiziario, il minore, aveva adempito al suo obbligo con offrire l'olio ricavato dalle ulive pignorate ed il nocciolo.

Cotesta affermazione di fatto trae seco la conseguenza giuridica che danno non fu arrecato, perchè concepibile non è in diritto, che risulti un danno dall'adempimento di un dovere nascente dalla legge.

E se un danno non esiste, manca l'elemento indispensabile all'esercizio dell'azione di rimborso contro il responsabile civile. Per l'esercizio dell'azione nascente dal quasi delitto, tre elementi devono necessariamente concorrere: l'esistenza del danno, l'esistenza della colpa, l'esistenza del fatto generatore del danno; se manca uno di codesti elementi, l'azione di rimborso non ha fondamento legale; e con maggior ragione quando manca l'elemento del danno che è la base dell'azione.

Or date, come capisaldi, le sopra cennate due affermazioni di fatto, cioè che il padre non potè impedire il fatto del figlio minore, e che costui con la veste di custode giudiziario adempì al suo dovere di legge nella trascuranza del creditore pignorante, non si può rimproverare al giudice del merito di aver violato l'art. 1153 c. c., il quale pone come a fondamento dell'azione di rimborso contro il genitore, che costui, pur potendo impedire il fatto del figlio minore, non lo impedì, venendo così meno al suo dovere di vigilanza su di lui, e che un fatto il medesimo abbia commesso che produsse il danno.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

PALERMO, 9 giugno 1900 — *Pres.* Adragna — *Est.* Stranieri — *P. M.* Caruso — Morreale e altri c. Vella.

Il principio dell'art. 440 cod. civ., secondo cui il proprietario del suolo è pur proprietario del sottosuolo, non è più invocabile quando la proprietà del sottosuolo sia stata precedentemente distaccata da quella del suolo.

Circa la dedotta prescrizione trentennaria, l'errore dei ricorrenti è manifesto.

Il principio di legge invocato dai ricorrenti — che cioè chi è proprietario del suolo lo è del pari del sottosuolo — non è applicabile quando per convenzione o privata disposizione sia stata espressamente separata la proprietà del suolo da quella che nel sottosuolo può esistere o rinvenirsi.

Risulta dalla donazione del 1851 che il sacerdote Vella volle separare la proprietà del suolo da quella delle zolfare che vi si potessero rinvenire, ed in rapporto a queste stabilì una comunione a vantaggio di tutti gli eredi del defunto fratello Carmelo, ed a vantaggio dei soli figli maschi di costui, a seconda che le terre indicate nell'atto del 1851 provenissero dal patrimonio del fratello defunto o fossero di esclusiva spettanza del donante.

Sicchè, se, nella specie, condizione essenziale della donazione fu la separazione della proprietà del suolo da quella del sottosuolo, e questa donazione fu accettata dal donatario Gaetano Vella, ne consegue che questi ed i suoi eredi e consorti di lite non potevano avere il possesso esclusivo della zolfara delle terre di Ruggialia, sia perchè sulla zolfara di queste terre aveva diritto la Giuseppina, e sia perchè i ricorrenti non potevano avere il possesso di cotesta zolfara se non dal giorno in cui fu scoperta; imperciocchè, se il possesso si acquista *corpore et animo*, il concorso non poteva verificarsi se non nel momento in cui la miniera venne scoperta.

Ora se gli stessi ricorrenti non negano che la miniera di zolfo nelle terre di Ruggialia fu scoperta nel 1883, è chiaro che il possesso della detta miniera da parte dei ricorrenti cominciò dal 1883 e non già, come dicono,

dal 1851, e quindi se a cominciare dal 1883 non si è verificata la prescrizione trentennaria, torna di tutta evidenza che i ricorrenti non hanno potuto acquistare il diritto esclusivo sulla miniera anzidetta per prescrizione trentennaria, come la signora Giuseppina Vella non ha potuto perdere un tale diritto.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

CASALE, 22 novembre 1900 — *Pres.* ed *Est.* Cavallotti = Lodi c. Com. di Voghera.

1. *In mancanza di patto contrario, il Comune può sempre, per ragioni di pubblico interesse, incensurabili dall'autorità giudiziaria, ordinare al medico condotto pel suburbio di trasferire ivi la propria residenza* (1).

2. *Non ostano a ciò le circostanze che il medico sia divenuto stabile a sensi dell'art. 16 della legge 22 dic. 1888, e che egli abbia prima di allora, senza opposizione da parte del Comune, tenuta sempre la sua dimora in città* (2).

Dall' appellante si muovono alla sentenza del tribunale di Voghera due distinte censure: la prima è quella che illegalmente non abbia riconosciuto il suo buon diritto a tenere la sua residenza nella città di Voghera, mentre in opposto avviso avrebbe dovuto venire, bene interpretando il contratto seguìto fra lui ed il Comune di Voghera non solo, ma ponendo mente alle disposizioni contenute nella legge sanitaria del 22 dic. 1888; la seconda che non abbia tenuto responsabile il Comune dei danni da lui domandati, mentre fu il Comune che in mala fede violò il contratto.

La Corte però ritiene che nessuna di queste censure abbia un giuridico fondamento.

Invero, prendendo ad esame la prima, e premesso che alla autorità giudiziaria non è consentito di vagliare i motivi che hanno indotto il Consiglio Comunale di Voghera a prendere la deliberazione del 27 marzo 1899, quella cioè che ordinò al Lodi di trasferire la sua residenza nella borgata di Oriolo, facente parte del Comune di Voghera, per il che tornano inutili le considerazioni di fatto da esso appellante svolte in ordine a ciò, la Corte osserva che invano si potrebbe ricercare nell'avviso 5 giugno 1863 e nella deliberazione 14 agosto 1883 del Consiglio comunale e nel regolamento sanitario del Comune di Voghera, che vennero resi d'atti, un qualche argomento dal quale si possa indurre giuridicamente, che nel contratto di locazione d'opera intervenuto fra il dottor Lodi ed il Comune di Voghera siasi da questo assunta l'obbligazione di mantenere al Lodi costantemente la sua residenza in città.

È vero che il dott. Lodi, quando assunse il servizio come medico condotto dei Corpi Santi e cascinali del Comune di Voghera, fissò e mantenne la sua residenza senza opposizione nel capoluogo, ed è vero altresì che questa residenza dei medici condotti in città sussisteva anche prima della nomina sua, ed è naturale eziandio che esso, rinunciando come fece e come provò, allo stipendio maggiore di cui godeva nel posto da lui prima occupato, ed accontentandosi di quello minore designato nell'avviso di concorso del Comune di Voghera, avvisasse alla possibilità di rivalersi colla clientela che poteva farsi dimorando in un centro popoloso, dove risiedono delle famiglie agiate; ma tutto ciò si traduce in un fatto suo subbiettivo, nella speranza cioè che un tale stato di cose potesse perdurare; ma se si considera che il Comune nulla mai nè disse, nè fece che potesse assumere parvenza di una corrispettiva obbligazione a mantenerlo ivi, e che invece sussisteva sempre la possibilità, che il dott. Lodi non poteva ignorare, che per le mutabili condizioni di fatto del Comune e per circostanze di ordine pubblico, nell'intento di migliorare il servizio a vantaggio degli amministrati esso disponesse dei medici in modo diverso dal praticato, seguendo in ciò una norma dettata da una disposizione tassativa della legge sanitaria, quella cioè che il medico condotto debba dimorare ove più frequente occorre la sua assistenza, se si considera, come giustamente

---

(1-2) Conveniamo pienamente in queste massime, già più volte ammesse dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cfr. da ultimo IV Sez. 9 nov. 1899 in *Riv. Amm.* 1899, 1047; 3 febbraio 1899, Trucchi c. Com. di Ventimiglia, in *Foro ital.*, 1899, III, 53; 13 maggio 1898, in *Riv. Amm.* 1898, 682). È una conseguenza logica dell'elemento pubblicistico insito nel contratto di condotta medica, come abbiamo veduto studiando la natura giuridica di tale rapporto (da ultimo in *Filangieri*, 1900, 522), che il Comune possa, per motivi di generale interesse, derogare alle modalità del contratto medesimo fin quando non venga a ledere un vero diritto quesito, quale potrebbe risultare da un esplicito patto del capitolato, non già da una consuetudine semplicemente tollerata. Aggiungiamo che, nella specie, la decisione della Corte è pure suffragata da altro principio informatore delle norme che governano l'assistenza sanitaria nei Comuni, non potendo questa essere efficacemente prestata se non quando il medico risieda fra mezzo ai poveri che è chiamato a curare.

osservò il tribunale, che per effetto dell'avviso di concorso, esso fu destinato alla cura a domicilio degli ammalati dei Corpi Santi e cascinali, sicchè doveva fin d'allora ritenersi virtuale in lui l'obbligo di trasferirsi in seno ad essi, quando le mutate condizioni lo ritenessero necessario e conveniente, il che era quasi implicito anche pel fatto che al Comune, come dall'avviso di concorso, era lasciata facoltà di dare ai medici la disdetta col solo preavviso di sei mesi, non si può a meno che giungere alla conclusione, che il contratto seguìto tra esso Lodi ed il Comune, non ha mai sanzionato in senso giuridico il diritto da lui vagheggiato di mantenere la residenza in città.

Nè alcun valido argomento può l'appellante trarre a suo vantaggio dall'art. 16 del regol. 5 dic. 1856, perchè la parola « città » ivi usata non vuol essere interpretata in senso ristretto, essendo stata adoperata come quelle di « Corpi Santi » e « cascinali » nel senso di indicare l'ente Comune che era diviso in città, Corpi Santi e cascinali.

Ed è poi poco serio il voler desumere una ricognizione del suo diritto dal fatto che il Comune colla deliberazione del 1899 abbia a lui aumentato lo stipendio, aggiungendovi l'alloggio gratuito; perchè, se ciò può essere stato anche la conseguenza della considerazione che il Lodi era per quella deliberazione posto in condizione più difficile, non però impossibile di attendere alla sua clientela privata, non può però assurgere di *fronte* ai suesposti argomenti a criterio giu*ridico* di riconoscimento del suo diritto, a mantenere in città la sua residenza, perchè di ciò non vi è verbo in quella deliberazione. Dopo tali riflessi torna inutile, come ben disse il tribunale, l'ammettere gli incombenti a cui si fa anche in oggi riferimento dall'appellante.

Il dott. Lodi, mentre in un punto della sua conclusionale non nega al Comune di Voghera il diritto, nell'interesse del servizio sanitario, di mutare la residenza ai medici condotti, si fa però a sostenere che la conversione in istato definitivo di una condizione di cose che ha durato senza interruzione nel triennio di prova, deve ritenersi ammessa, quando bene si interpreti l'art. 16 della legge già citata del 1888; ma a ciò risponde la giurisprudenza, la quale non solo ha limitato la portata di detto articolo alla carica, ma l'ha persino negata alla stabilità dello stipendio, riconoscendo nei Comuni il diritto di ridurlo per ragioni di economia.

Nè per contratto adunque, nè per legge, spetta al Lodi il diritto alla residenza, e invece compete al Comune il diritto di fissare la sua residenza in qualunque delle frazioni che costituiscono la zona dei Corpi Santi, affidata alla sua cura di medico condotto.

Sulla seconda censura osserva che invano si tenta dal dott. Lodi di far apparire il Comune di Voghera come un violatore di mala fede del contratto, per derivarne la conseguenza di una responsabilità che possa essere base ad un'azione di danni. E in vero sta in fatto che il Consiglio comunale di Voghera deliberò che il medico condotto della zona nord dovesse stabilire la sua residenza in Oriolo, ma in tale determinazione venne appoggiandosi a motivi di interesse pubblico, sulla rilevanza dei quali è interdetto all'autorità giudiziaria di portare un esame. Sta pure in fatto che, dopo esaurite da una parte e dall'altra le pratiche amministrative colla vittoria finale del Comune, perchè al Lodi era stata riservata unicamente l'azione giudiziaria sul punto se pel contratto seguìto fra esso ed il Comune si fosse violato un diritto quesito, il che, come sopra si disse, viene negato, il Comune, dopochè colla deliberazione 27 marzo 1899 aveva diffidato il dott. Lodi a trasferire la sua residenza nella frazione Oriolo, invitandolo con lettera 22 giugno a prendere gli opportuni accordi, ebbe in risposta la lettera 27 giugno, colla quale il Lodi afferma non essere prudente il ciò fare, finchè la vertenza non fosse risolta, giacchè in allora pendeva ancora la pratica amministrativa.

Sta pure in fatto che dopo il D. R. 19 novembre 1899, il quale aveva revocato il decreto del Prefetto, favorevole al Lodi, il Comune reiterò l'invito a trasferirsi alla Borgata di Oriolo, e che a queste lettere il dott. Lodi fece seguire un atto di diffida a mezzo d'usciere, col quale dichiarava di non poter accettare l'ordine datogli, perchè riteneva di aver acquisito il diritto di mantenere la sua residenza in città, pur dichiarandosi disposto a continuare la sua opera quale medico condotto, nella frazione di Oriolo, rimanendo però in città, e dichiarando di voler provvedere alla tutela dei suoi diritti.

E di fronte a tali dichiarazioni, quale fu il contegno del Comune? Con deliberazione 27 marzo 1899, considerando che non poteva lasciare senza il medico la frazione di Oriolo, provvide a quella cura, ma solo per un anno ed in via provvisoria, dimostrando così di voler lasciare al dott. Lodi aperta la via di far valere il suo preteso diritto, o di recedere dalla determinazione. Dato ciò è duopo venire alla conseguenza che non sussiste che il Comune abbia in mala fede violato il contratto, e, ciò non essendo, manca di base la domanda dei danni.

Il dott. Lodi però, a dimostrare che è in colpa il Comune, afferma che fu questi che

lo dichiarò dimissionario, ed all'uopo si fa forte della lettera del sindaco in data 28 ottobre 1899, nella quale infatti si legge: che la Giunta, ritenendolo dimissionario, aveva dato ordine che gli si sospendesse lo stipendio a datare dal 1.° genn. 1900, ma a ciò si oppone che rettamente il tribunale disse che quella lettera, oltrechè non aveva valore, perchè non vi era stata la deliberazione del Consiglio, che solo poteva imprimere efficacia alle parole della Giunta, non poteva essere vagliata isolatamente, ma doveva porsi a riscontro delle successive deliberazioni, le quali dimostravano come il provvedimento, oltre essere dettato dalla impellente necessità di provvedere alla cura medica della frazione di Oriolo, non era definitivo, essendosi provveduto solo per un anno ed in via provvisoria, il che provava come non si volesse prevenire il giudizio che fosse stato per emettere l'autorità giudiziaria, alla quale il dott. Lodi aveva fatto ricorso.

P. q. m., conferma, ecc.

—

CASALE, 10 luglio 1900 — *Pres.* ed *Est.* Fochesato = Scagliola *utrinque*.

1. Luogo *in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, a sensi e per gli effetti di cui all'art. 91 c. p. c., è tutto il* territorio *soggetto alla stessa giurisdizione della località in cui l'obbligazione venne contratta o si deve eseguire* (1).

2. *Conseguentemente la citazione del convenuto in persona propria, a sensi e per gli effetti di cui al predetto art. 91 c. p. c., è valida anche se non è fatta nella precisa località in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, qualora venga fatta in un'altra località che si trovi però soggetta alla medesima giurisdizione* (2).

È pacifico che il convenuto fu citato in persona propria e che Calosso e Canelli sono compresi nel territorio del tribunale adito (Asti); ma si giudicò dal tribunale, e si sostiene da esso convenuto, che bene fu deciso, mentre ciò si impugna dall'appellante che egli non poteva essere astretto a comparire avanti detto tribunale, perchè non fu notificato o meglio citato in Calosso e perciò essendo residente in San Stefano Belbo, non poteva esser citato a comparire se non davanti il tribunale di Alba, e così valendosi dell'art. 91 c. p. c, parte prima.

Alla massima *actor sequitur forum rei* dell'art. 90, la legge ha creduto conveniente di derogarvi nello scopo di accertare la verità giuridica colla massima celerità, col minimo dispendio delle parti e colle maggiori garanzie che siano possibili per la buona amministrazione della giustizia onde a lato del *forum domicilii* stabilì degli altri titoli generali di competenza territoriale, cioè o quello dove trovasi la cosa mobile oggetto dell'azione, o il *forum contractus*, cioè quello del luogo dove fu contratta l'obbligazione, o il *forum destinatae solutionis*, quello cioè del luogo ove l'esecuzione contratta deve eseguirsi, poichè l'art. 91 nella sua prima parte così suona: « L'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si possono anche proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trova la cosa mobile oggetto dell'azione; » ma questa competenza speciale la volle alligata alle due seguenti condizioni: « che il convenuto sia citato in persona propria e lo sia ivi ».

Che deve intendersi per *ivi?* Ecco la questione che col presente appello è chiamata a risolvere la Corte.

Si pretende dall'appellato che questa frase *ivi* non debba interpretarsi e non debba intendersi che pel sito, cioè il paese, il comune, il cantone, la frazione in cui deve eseguirsi l'obbligazione, o fu dessa contratta, o si trova la cosa mobile: e che in questo luogo debba essere notificato per godere della competenza speciale.

Si sostiene invece dall'appellante che non possa e non debba intendersi se non pel territorio giurisdizionale dell'autorità giudiziaria adìta, e perciò sia valida la citazione fatta a proprie mani in qualunque luogo avvenga nell'ambito del territorio del tribunale o della pretura adìta. E la Corte non esita a convenire in siffatta opinione e perciò che l'ammessa eccezione d'incompetenza sia infondata.

In via generale anzitutto osserva che una tale questione non venne mai sollevata, perchè a suo avviso la parola della legge non poteva offrire materia a quistioni tanto è chiara la cosa.

Infatti, basta scorrere le effemeridi per convincersi che quantunque si avessero casi identici non si sollevò la questione d'incompetenza in questo senso (vedi fra altro sentenza della Corte di Venezia, 19 agosto 1897, nella *Riv. Univ. di Giur.*, e *Bettini*, parte I, p. 271).

Si citò in contrario una sentenza del luglio 1870 della Cassazione di Napoli, ma se la tesi, come fu esposta, potrebbe dar ragione alla pretesa interpretazione, ben altro si ricava dal suo motivato e cioè che la

(1-2) Agli scrittori citati nella sentenza, adde, da ultimo, LESSONA, *Man. di proc. civ.*, p. 56, n. 52.

questione era un'altra. Ad ogni mondo respingono la sostenuta interpretazione la lettera della legge e il suo spirito nonchè l'opinione dei commentatori più reputati.

Il detto art. 91 dice che possono proporsi le azioni ivi indicate davanti l'autorità giudiziaria del luogo; perciò quando soggiunse che questa competenza speciale non la si può esercitare se non alla condizione che il convenuto sia ivi citato in persona propria, non si può altro intendere se non che sia citato in un luogo dell'autorità giudiziaria, che si trovi nella sfera, cioè nell'ambito, nel territorio giurisdizionale di esso e non può scindersi e staccarsi la frase *luogo* per intenderla pel sito; a ciò si ribella la logica.

Se si adottasse tale interpretazione si contro-opererebbe allo scopo, all'intenzione del legislatore: ben difficile essendo di poter avere in un luogo in cui non vi sia pretura un usciere, e ancora più di avere quivi lo stesso obbligato perchè è poco probabile che egli si presenti dopo la scadenza in detto luogo.

Nè è poi vero che il codice di procedura sardo del 1859 avesse una dicitura diversa da far comprendere che nel nuovo codice si volle precisamente alludere al sito.

L'art. 17 di detto codice prescrive:

« L'azione personale e la mobiliare si possono anche proporre avanti il tribunale o giudice nel cui distretto fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione od in cui esiste, la cosa mobile oggetto dell'azione, purchè il convenuto sia personalmente citato mentre si trova in tale distretto ».

È lecito, è logico, è ragionevole ritenere che per avere sostituito alla parola *distretto*, *luogo*, si debba ritenere che la citazione debba seguire nel *sito* e non abbia nessun effetto se avvenne in un altro sito o luogo, ma pur compreso nel territorio giurisdizionale di quell'autorità?

In proposito il Borsari si esprime:

« È questa la precisa disposizione del codice di procedura sardo del 1859 colla sola differenza che la prima era meno concisa, meno elegante, se vuolsi, ma forse più chiara ».

Infine il Cuzzeri, il Gargiulo, il Mattirolo sono di questa opinione. Quest'ultimo dice che per l'applicazione dell'articolo 91 parte prima sono necessarie due condizioni:

« *a*) che il convenuto sia citato in persona propria;

« *b*) che la citazione avvenga nel territorio giurisdizionale dell'autorità giudiziaria adìta ».

E prosegue: « L'art. 91 istituisce due distinti fori per le azioni personali e per le reali mobiliari, cioè quello del contratto e quello dell'esecuzione, e vuole che sia la circostanza di essersi in un dato luogo stipulato un contratto, come quella del doversi eseguire in un dato luogo l'obbligazione, bastino a far nascere e radicare le due speciali competenze per tutte le controversie che possono sorgere in dipendenza del seguìto contratto sotto l'osservanza della duplice condizione della citazione in persona propria del convenuto e tale citazione avvenga nel territorio giurisdizionale del tribunale adìto ».

P. q. m., riforma, ecc.

—

PALERMO, 4 giugno 1900 — *Pres.* ed *Est.* Fois = Pezzino c. Santacristina.

Il coniuge minorenne può esperire l'azione di impugnativa del matrimonio per vizio di consenso senza bisogno dell'assistenza del curatore (1).

Col primo motivo d'appello si impugna la capacità della Santacristina a stare in giudizio per ostarvi la legge e il fatto proprio.

Si dice essere la sentenza appellata contraria alle disposizioni del codice civile relativo alla capacità del minorenne emancipato per stare in giudizio.

Questa Corte non crede fondato tale motivo al suo duplice aspetto, e ritiene che il tribunale ben fece di respingere le analoghe eccezioni per i seguenti riflessi. Gli istituti che riflettono diritti strettamente personali, come quelli costituenti condizioni essenziali del matrimonio, non possono che ispirarsi a principî diversi da quelli che regolano l'amministrazione dei beni.

Il codice civile fornisce esempi per raffermare tale concetto. Basti citare la disposizione dell'art. 179 c. c., per la cui locuzione, senza restrizione, e dottrina e giurisprudenza ammettono la facoltà, nel minorenne, pel riconoscimento del figlio naturale,

(1) La questione si è presentata più volte specialmente in tema di separazione personale. Ha deciso che il coniuge minore non può spiegare l'azione di separazione senza essere assistito dal curatore, l'A. Milano, 4 giugno 1894, Bottoni c. Fiorani (in *Mon. Trib.*. 1894, 721); che l'inabilitato non può, per l'istesso scopo, stare in causa senza l'assistenza legale, la Cass. Torino, 9 febbraio 1889, Turbiglio c. Emina (*Ib.* 1889, 473). — In tema d'interdizione di uno dei coniugi, v. un articolo del Nasca in questo *Filangieri*, 1896, 338.

non ostante tale atto importi obbligazione gravissima anche dal lato patrimoniale, ed a fronte delle disposizioni della minore età e dell'art. 1106 c. c. Per quanto riflette il matrimonio dei minorenni, il codice civile ha disposizioni speciali, ma il consenso è sempre condizione essenziale, ed unica disposizione per impugnarne la validità si è quella dell'art. 105, che, prevedendo il caso di nullità pel viziato consenso, accorda la facoltà di impugnare il matrimonio a quello degli sposi del quale non sia stato libero il consenso. Per tale disposizione agli sposi soltanto è concesso reclamare, come è in loro facoltà esclusiva di non dolersene, e l'art. 105 trovasi in termini generali, senza alcuna restrizione pei minorenni, come senza restrizione è il citato art. 179. Ora se trattasi di diritto esclusivamente personale, non può comprendersi la restrizione per esperirlo. È ovvio che il curatore *assiste*, non *rappresenta* il minore emancipato; ma, ad ogni modo, in questa assistenza le due persone devono concorrere per costituire una sola volontà, e questa difficile situazione non è possibile combinarla in un atto affidato esclusivamente alla volontà dello sposo, il cui consenso non fu libero.

Se principio dominante in materia di incapacità si è la protezione della legge all'incapace, questa protezione non può essere soverchia talmente da rendere subordinato al consenso altrui ciò che dev'essere emanazione esclusiva della propria volontà, rendendo così inattuabile un diritto personalissimo, come spesso avverrebbe pel rifiuto del curatore, massime nei matrimoni a base di interesse patrimoniale o di famiglia, nei quali, all'affetto, al libero consenso degli sposi, prevalgono per lo più considerazioni di parenti, di poco lodevole scopo.

CATANIA, 28 maggio 1900 — *Pres.* Porqueddu — *Est.* Spallanzani = Comune di Catania c. Basile.

I Comuni non hanno facoltà di monopolizzare il servizio delle pubbliche affissioni (1).

Come è certo che le leggi devono interpretarsi entro e non fuori della cerchia che racchiude la loro relativa essenza, così è pure indubitato che non sostenibile si presenti un'azione giudiziale quando per raggiungere la meta cui aspira siano tolte a base, o sanzioni che non esistono o principî che per nulla le si addicono.

Il Comune di Catania, dall'inizio della controversia fino alle rassegnate ragioni di gravame contro la sentenza che dichiarava inesistente il contratto d'appalto del 17 agosto 1898 da esso stretto coll'appaltatore Giuseppe Basile Costanzo, guarentito quindi dal fideiussore Erasmo Costanzo, nella persuasione gli fosse concesso di imporre una tassa sulla pubblicità degli avvisi e di appaltare la medesima onde percepirne una entrata che con altre provvedesse alla necessità della pubblica azienda, affidò l'appoggio del suo assunto a quanto era disposto sul proposito dalla legge 14 giugno 1874 e relativo regolamento, perchè emerga dagli stessi che egli poteva imporre tasse sulle insegne, avvisi ed indirizzi relativi all'esercizio di professione, industria e commercio. Credette anche, per addimostrare il legale fondamento delle sue pretese, di invocare la vigente legge comunale e provinciale là ove accenna al pubblico ornato e ad altro, ritraendo da ciò il diritto di disciplinare pure la tassa che lo fece entrare in litigio, ma ben male si appose, giacchè nè l'una nè l'altra delle leggi in discorso potrebbe giovargli.

E di vero se il Comune ha consentita dalla legge in virtù del pubblico interesse la tutela dell'ornato pubblico e l'autorità di regolarne il sistema per le affissioni od anche di porre tasse sulla pubblicità degli avvisi, non è per ciò solo detto che abbia facoltà di appaltare la tassa stessa e nemmeno quella di concorrere all'esercizio dell'industria delle affissioni od istituire per la medesima monopolio di sorta assoggettando altri al pagamento di canoni col diritto di esigere dai cittadini, che si valgono di esso per affiggere, un prezzo determinato, perchè ciò eseguire costituirebbe la statuizione di una tassa od imposta che dir si voglia, giacchè non havvi distinzione tra l'una e l'altra, diversa da quelle tutte che hanno l'autorizzazione del legislatore, e pel motivo che altrettanto si erigerebbe a privilegio abusivo in offesa ai diritti dei cittadini che debbono poter usare della pubblicità a mezzo dell'affissione d'avvisi nei luoghi di loro privata proprietà, purchè, ben inteso, rispettino le norme che sono reclamate dai regolamenti edilizi.

Coll'applicazione della tassa di cui è caso ne verrebbe indubbiamente ai cittadini intaccato il loro diritto nel concreto, perchè per quanto il Comune cerchi di sfuggire al portato della conchiusa convenzione, col dire che la convenzione medesima non comprenda l'affissione sulla privata proprietà ma soltanto sopra i suoi locali, pure ciò si allontana dal vero inquantochè apparisce che l'art. 1 del capitolato rac-

---

(1) Cfr. Cass. Napoli, 21 luglio 1899 in *Mon. Trib.*, 1900, p. 792. — Riguardo al monopolio del servizio delle pompe funebri, v. da ultimo A. Roma, 16 febbraio 1900 in *Filangieri*, 1900, 294, col richiamo.

chiude invece tutte le pubbliche località e non esclude per nulla i fabbricati privati che le località ora dette prospettano. E questo devesi anche con sicurezza presumere vero ove si pensi che indubbiamente non sarebbesi potuto restringere il diritto, ad ogni modo acquisito, dall'appaltatore di usare delle affissioni ai soli locali municipali che, come è notorio, son ben pochi, assumendosi poi l'appaltatore il pagamento dell'annuo e non tenue canone di L. 1150.

Egli è per ciò che ben avvisarono i primi giudici quando ritennero che l'obbietto del contratto di cui è caso non era punto suscettibile di commercio e lo dissero inesistente e nullo.

Nè la legge quindi dell' anno 1874, nè quella comunale o provinciale, per quanto si vadano ponderando e per sè stesse e per ragioni di analogia, potrebbero sorreggere l'assunto del Comune circa la facoltà di appaltare il servizio d'affissione degli avvisi, dal che deriva come a torto, per quanto riflette intanto il soggetto fin qui discorso, si lagni il Comune della sentenza appellata, che non merita censura di sorta.

E ad appoggiare l'avviso or ora rassegnato sorgono facili le contestazioni che debbonsi opporre all'interpretazione che volle darsi dal Comune alle leggi preavvertite. È vero che nei rapporti di talune disposizioni, per leggi dianzi indicate, è concesso ai Comuni di istituire tasse, esercitare direttamente la riscossione od anche darle in appalto, ma, lo si ripete, queste leggi non sono per nulla attinenti al caso e non lo è nemmeno e specialmente, perchè anch'essa invocata, quella che si riferisce al pubblico ornato, quale deve essere unicamente ragguagliata all'estensione del terreno occupato ed all'importanza della posizione, perchè a nessuno certo verrà in mente, anzitutto, che se tale una tassa che ha per oggetto l'occupazione di spazi ed aree pubbliche è di carattere meramente comunale, non può poi estendersi agli spazi ed aree che spettano alla proprietà privata, e molto meno poi che le affissioni di avvisi in tabelle o senza possano considerarsi da sè stesse e venire assoggettate ad imposte quando, ed è troppo chiaro, formano un solo tutto col fabbricato a cui vengono poste.

Così ebbero a ritenere la dottrina e la giurisprudenza affermanti che l' affissione degli stampati, oltre di non poter darsi in appalto o sottomettersi a tassa con l'obbligo di corrispondere un annuo canone, il che costituirebbe una concessione nulla come dianzi fu già accennato, non può nemmeno considerarsi quale occupazione di spazi od aree pubbliche ai sensi della legge comunale e provinciale salvo soltanto all'autorità comunale di designare i luoghi per l'affissione, e fu anche statuito che la breve sporgenza delle tabelle d'affissione nei limiti dello zoccolo e del piovente del fabbricato non costituisce occupazione di area pubblica.

—

CATANIA. 18 maggio 1900 — *Pres.* Di Marco — *Est.* Gilles — Catania c. Ceraolo.

Al possessore della cambiale, semplice prestanome del vero possessore, si possono opporre anche le eccezioni non personali (1).

Prima di occuparsi dei diversi motivi d'appello, occorre esaminare la questione accennata nell'appellata sentenza, se l'eccezione di mancanza di causa nella cambiale, per essere stata la medesima rilasciata in bianco e a titolo di garanzia per il fitto della locazione, sia opponibile al Ceraolo, attuale possessore della cambiale, di fronte al disposto dell'art. 324 c. comm. Certamente questa è una eccezione personale non a lui, ma allo Zuccaro erede del padre, al quale sarebbe stata consegnata in garanzia; ma se giustamente il codice di commercio, per togliere ogni ostacolo alla efficacia commerciale degli effetti cambiari, ha stabilito che non si possano dedurre eccezioni non personali a colui che esercita l'azione cambiaria anche in un giudizio promosso con citazione, si è dato poi con ragione a questo principio una interpretazione conveniente pel caso che non si tratti di possessore di buona fede. Ed infatti, quando colui che è al possesso di un effetto cambiario, contro il quale sa che può essere opposta un'eccezione a lui personale, lo cede ad un altro il quale d'accordo con esso si presta a chiederne come possessore il pagamento acciò non possa dedursi l'eccezione che sarebbe opponibile al vero creditore, allora cessa la ragione della disposizione dell'art. 324, e non è più il caso di provvedere all'efficacia della cambiale di fronte all'esigenza del commercio; occorre invece impedire una collusione a danno del debitore; ed allora la sciente partecipazione del terzo possessore a togliere al firmatario il diritto a sollevare la temuta eccezione, lo costituisce in mala fede, e come tale lo rende passibile dell' *exceptio doli* e soggetto alle eccezioni anche personali al vero proprietario della cambiale di cui non è che un rappresentante.

Nel caso in esame abbiamo una cambiale che si dice rilasciata in bianco al defunto

---

(1) Cfr. Supino, *Cambiale*, nella *Enc. giur.*, pagina 904: Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, nn. 1820 e 1825.

padre dello Zuccaro nel 1887, non girata, ma riempita a favore del Ceraolo nel gennaio 1893, scaduta alla fine del giugno dello stesso anno, senza che il possessore per altri tre anni si sia fatto a richiedere il pagamento o ad esercitare in un modo qualunque l'azione cambiaria, senza, per quanto si asserisce, che siano interceduti rapporti di interessi fra il debitore Catania e il Ceraolo, e senza che questi nel giudizio, che dura da oltre tre anni, abbia accennato in qual modo sia venuto in possesso di questo effetto cambiario. Tutto ciò fa ragionevolmente presumere che il vero possessore sia lo Zuccaro e che il Ceraolo non faccia che prestarsi per rendere inopponibili le eccezioni personali al vero interessato.

Posto ciò, e se risulteranno provati i fatti che si asseriscono, il Ceraolo non sarebbe possessore di buona fede, ed anche contro di lui sarebbero deducibili le eccezioni personali allo Zuccaro. Si aggiunga che essi pure implicitamente ammettono che la cambiale in questione sia quella rilasciata in bianco a garanzia del fitto della locazione, quando nelle loro comparse per sostenerne la validità eccepiscono che il Catania non ha provato di avere completamente pagato il canone per l'ultimo anno.

Esso di fronte a tale eccezione ha offerto di produrre le relative quietanze, e poichè anche in appello possono darsi nuove prove, non può vietarglisi tale produzione.

Per queste ragioni la prova testimoniale domandata non è inconcludente, come ritenne il tribunale, mentre, data l'esistenza delle quietanze del canone d'affitto, porta a stabilire sia la mancanza di causa nella cambiale, sia l'opponibilità di tale eccezione anche contro il Ceraolo. Nè occorre per ammettere la prova che l'eccezione sia fondata sopra atto scritto, a prescindere che nel caso potrebbe dirsi fondata sulla scrittura d'affitto del settembre 1887, registrata a Regalbuto il 4 luglio 1899, poichè per l'articolo 324 c. comm. la prova scritta si richiede per ritardare l'esecuzione o la condanna al pagamento, cosa che nella fattispecie non può farsi, perchè non siamo di fronte ad una eccezione di pronta soluzione.

Però siccome dalla citata scrittura privata d'affitto posta in essere fra il Catania ed il defunto barone Zuccaro di Cuticchi, risulta il rilascio di un'accettazione cambiaria di L. 8600 a titolo di garanzia, così, rendendosi verosimile la dedotta eccezione, è il caso di ordinare una cauzione per l'esecuzione della condanna al pagamento pronunziato colla sentenza appellata.

—

CATANIA, 18 maggio 1900 — *Pres.* Di Marco — *Est.* Palummo = Frent c. Credito Fondiario del Banco di Sicilia.

È efficace l'ipoteca consentita dal debitore posteriormente alla trascrizione del precetto (1).

Prendendo in esame il merito del gravame in confronto del Credito Fondiario, la tesi da risolvere è quella della validità dell'ipoteca consentita dal debitore dopo trascritto un precetto per espropriazione.

Niuno ignora come le opinioni siano, fin dalla pubblicazione del codice civile italiano, divise, e come in dottrina ed in giurisprudenza si sia mietuto tutto il campo della discussione, onde larga messe di argomenti si rinviene a sostegno dell'una e dell'altra delle opinioni.

La Corte però adotta l'opinione dell'efficacia dell'ipoteca, e ciò in base ai precipui argomenti più volte ripetuti dai propugnatori di tale opinione.

E dapprima occorre rammentare la disposizione dell'art. 4 disp. prel. c. c., secondo cui le leggi le quali restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali, non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi.

Ciò consiglia ad interpretare ristrettivamente le altre disposizioni alle quali vorrebbesi attingere il divieto di ipotecare.

La prescrizione dell'art. 1974 c. c., secondo il quale coloro soltanto che hanno la capacità di alienare un immobile possono sottoporlo ad ipoteca, non può non essere intesa nel senso d'incapacità subbiettiva e non obbiettiva, in armonia coll'altro articolo 1106, che rende incapaci di contrattare i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati, le donne maritate e generalmente tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti. E codesto concetto è fatto meglio palese dall'altro art. 1975, che permette l'ipoteca sui beni delle persone incapaci di alienare e su quelli degli assenti per le cause e nelle forme stabilite dalla legge.

Confondere in unico senso « alienare ed ipotecare » è contrario a qualunque principio di ermeneutica legale, perocchè se mediante l'ipoteca *pervenitur ad alienationem*, l'una cosa non vale l'altra, essendo nell'ipoteca soltanto un'ipotesi l'alienazione, nel caso cioè che il debitore non adempia la sua obbligazione.

Del resto nelle varie disposizioni legislative, che non occorre richiamare, si è distinto il divieto di alienare da quello d'ipo-

(1) Cons. sull'arg., da ultimo, A. Milano, 18 maggio 1898 in *Filangieri*, 1899, 225, coi richiami in nota.

tecare, e se talvolta in unica disposizione si è compreso l'uno e l'altro divieto, ciò è fatto in contemplazione dei beni e delle persone alle quali si ha relazione.

Che monta adunque se l'art. 2085 dispone che dalla data della trascrizione del precetto il debitore non può alienare nè i beni nè i frutti e ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale?

Qui la ragione del divieto si riscontra nel fine di non intralciare il corso della procedura esecutiva mercè alienazioni, e di assicurare i frutti ai creditori. Ma tale divieto non priva il debitore della proprietà dei suoi beni e della facoltà di esercitarvi altri diritti sui medesimi, fra i quali quello dell'ipoteca, a differenza del commerciante fallito, il quale rimane dal giorno del fallimento privato anche degli atti di amministrazione.

L'espropriazione si compie nell'interesse dei creditori iscritti, e questi soddisfacendosi vien meno la relativa procedura. E per agevolare la condizione del debitore non deve essergli vietato di contrarre mutui e consentire l'ipoteca a favore del mutuante sui beni minacciati di espropriazione, per potere con le somme mutuate tacitare le ragioni dei creditori iscritti. E ciò appunto fece il Mazza, quando con le somme mutuategli dal Banco di Sicilia, Credito Fondiario, affrancò i canoni gravanti sui beni ipotecati ed arrestò la procedura esecutiva, pagando i creditori. Il legislatore non si preoccupa dei creditori chirografari in una spropriazione forzata, tant'è che il diritto alla surrogazione nella relativa procedura lo concede ai soli creditori iscritti (art. 575 c. p. c.) e di questi soltanto s'interessa quando autorizza il tribunale a limitare la subastazione dei beni a quelli che riconosca sufficienti pel soddisfacimento dei crediti dell'istante e degli ipotecari (art. 2088 c. c.).

Non si obbietti che se il citato art. 2085 vieta al debitore di alienare i beni indicati nel precetto dopo la trascrizione di questo senza l'autorizzazione del tribunale, *a fortiori* debbe essergli vietato d'ipotecare tali beni, avvegnachè essendosi già avvertito essere quella disposizione diretta alla conservazione dei frutti, si dovevano prescrivere tutte la garanzie a vantaggio dei creditori iscritti.

D'altra parte l'incapacità del debitore ad alienare non è assoluta, ma relativa, onde cessate le condizioni alle quali è sottoposta, viene a cessare la stessa incapacità.

Quando poi si tien presente l'art. 668 c. p. c. che dispone doversi il bando di vendita notificare al debitore ed ai creditori iscritti al domicilio da essi eletto nelle iscrizioni, prese sino a tutto il giorno in cui fu annotata in margine della trascrizione del precetto la sentenza che autorizza la vendita, si avrà maggior conferma che non sia vietato consentire ipoteche anche dopo la trascrizione del precetto. Nè si osservi in contrario che la ricordata disposizione debba intendersi per le iscrizioni riguardanti ipoteche precedentemente costituite, appunto perchè è codesta una interpretazione arbitraria di fronte ad un chiaro dettato di legge, il quale non si presta a distinzioni o restrizioni.

Non occorre infine richiamare i precedenti storici ed i lavori preparatori intorno all'articolo 2085 c. c., per meglio intendere la portata del divieto fatto al debitore, limitato all'alienazione dei beni indicati nel precetto e dei frutti relativi, essendo più che sufficienti alla dimostrazione dell'assunto gli argomenti sopra discussi.

---

c) — TRIBUNALI.

ROMA, 26 ottobre 1900 — *Pres.* Sergiacomi — *Est.* Suino — Mariani e Cecchetti c. Matticoli.

È valida l'ordinanza emessa dal Presidente del tribunale durante il periodo di sospensione delle udienze per la morte del Re e prima che il nuovo Re abbia prestato giuramento.

Il Collegio deve preliminarmente discutere e risolvere la eccezione pregiudiziale degli opponenti, che si attiene all'ordine pubblico, e per la quale si deduce la nullità dell'ordinanza presidenziale, comechè pronunciata nel 31 luglio 1900, giorno in cui per essersi perpetrato il più grande delitto del secolo, l'atroce assassinio di Monza, tutte le udienze dell'autorità giudiziaria erano state d'ordine ministeriale sospese; nè quell'ordinanza poteva darsi, si dice nella citazione, « in nome di re Umberto, che era defunto, nè di re Vittorio Emanuele III, che non aveva ancor prestato giuramento alla Camera ».

Quest'eccezione è destituita di qualsiasi fondamento giuridico.

A base del nostro diritto pubblico interno, sanzionato dallo Statuto fondamentale del regno, che all'art. 2 stabilisce: « il trono è ereditario, secondo la legge Salica », il Re è una istituzione, non una persona fisica, tanto che la legge, dice il Blackstone, lo considera, nel suo carattere morale e politico, come immortale. E a quel modo che per le regole del diritto civile comune (articoli 923 e 925 c. c.) la successione si apre al momento della morte ed il possesso dei

beni del defunto passa di diritto alla persona dell'erede senza bisogno di materiale apprensione; così colla morte del Sovrano regnante gli succede immediatamente *iure proprio* ed *ope legis*, il Principe designato dallo Statuto, senza che vi sia mai interruzione ed il trono rimanga mai vacante.

La continuità dunque del potere sovrano nella monarchia ereditaria si produce da sè, e le autorità giudiziarie che agiscono in suo nome (art. 68 dello Statuto) non possono mai cessare di funzionare e di attingere nel Re, come capo dello Stato e quale organo supremo della sovranità, quel *ius imperii* e quel *ius iurisdictionis* devoluto dalla legge al Re stesso. Onde la nota massima bene ricordata dal Mancini, Pisanelli e Scialoja nel loro commento al codice sardo: *Rex non moritur*.

Da questi principî, che sono universalmente professati dagli scrittori di diritto costituzionale italiani e stranieri, e tra cui va ricordato il Saredo nella sua recentissima pubblicazione: « Il passaggio della Corona nel diritto pubblico italiano » (*Legge*, pagina 198 e seg.), appare evidentemente, come la formalità del giuramento da prestarsi dal Re al cospetto del Parlamento (art. 22 dello Statuto), come non tocca all'essenza delle funzioni di Re, non sia punto necessaria all'esercizio del potere sovrano, il quale non può mai venire nè interrotto nè sospeso; ed il giuramento non può altrimenti considerarsi se non se un atto di omaggio del Re verso le assemblee legislative, che per il patto fondamentale del regno costituiscono l'altro potere dello Stato, basato sui plebisciti.

In conseguenza l'ordinanza presidenziale del 31 luglio poteva essere e fu bene rilasciata, non ostante la immatura e tragica morte dell'amatissimo re Umberto I, tanto più che dessa non doveva venire pronunciata, come le sentenze, in nome del Re (articoli 54, 556 c. p. c.).

Nè la circolare ministeriale del giorno precedente, sulla quale sembrano gli opponenti fare speciale assegnamento, può giovare al loro assunto.

A parte che la sospensione delle udienze civili e penali, ordinata con quella circolare durò solo otto giorni, e cessò così prima ancora che il nuovo Re, S. M. Vittorio Emanuele III, avesse prestato giuramento, egli è intuitivo che il ministro guardasigilli nel dettare una siffatta sospensione, ha voluto ed inteso soltanto di manifestare solennemente il profondo dolore dell'autorità giudiziaria per il gravissimo lutto nazionale; e però la sua disposizione non poteva riferirsi se non alle udienze pubbliche, e non mai a quelle, diremo così, d'indole interna e alle ordinarie istruttorie, quale si fu appunto l'opposto provvedimento presidenziale.

—

ROMA, 16 marzo 1900 — *Pres.* Boccaccio — *Est.* Bauer = Macchese c. Di Mario.

Possono essere pignorati e ceduti i proventi delle rivendite di tabacchi, *concesse gratuitamente agli ex-funzionari dello Stato o loro famiglie, a sensi dell'art. 20 § 6 lett.* a *della legge 15 giugno 1865 sulle privative dei sali e tabacchi* (1).

Una parte, regolarmente citata, se non comparisce è contumace, e la causa si decide sulle conclusioni degli istanti. Le signore Macchese, dopo avere detto che l'atto di cessione è simulato, sicchè esse non ricevettero mai dal Di Mario la somma di L. 17,000, vengono a sostenere la nullità della cessione per la natura dei beni ceduti. In ordine alla simulazione, per altro, esse non prendono alcuna conclusione nè dànno alcuna prova del loro asserto, quindi non è il caso che il Collegio se ne occupi. Invece tutti gli sforzi della difesa delle Macchese sono rivolti a far dichiarare incedibili i proventi delle tabaccherie, e di conseguenza nulla la cessione fatta al Di Mario. Il Collegio osserva che il diritto civile proclama due principî ben distinti, il 1.° è che ciascuno può disporre delle cose sue nella maniera più assoluta, purchè non ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti; il 2.° che chiunque si è obbligato personalmente è tenuto ad adempire le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri, e questi beni sono la garanzia comune dei suoi creditori. Anche questo secondo principio per altro trova delle limitazioni nel libro II, tit. II, capo II c. p. c. Ciò posto, occorre di esaminare se qualche disposizione di legge o di regolamento vieti la disponibilità dei proventi di una tabaccheria. La legge speciale sulla concessione delle rivendite dei generi di privativa non contiene a questo riguardo alcuna disposizione: essa si limita a dichiarare che l'esercizio di queste rivendite non può essere ceduto, e solo, in determinati casi, può esservi preposto un rappresentante: tale norma per altro non ha che vedere colla specie dove non si agita questione circa l'e-

---

(1) Decisione correttissima. Riguardo alla incedibilità o cedibilità delle rivendite nei rapporti tra contraenti o colla Finanza, v. da ultimo Cass. Firenze, 29 giugno 1895 in *Filangieri*, 1895, 656, col richiamo.

sercizio della rivendita, ma sulla somma mensile che il rappresentante si è obbligato di corrispondere alle concessionarie della tabaccheria. Nelle leggi generali poi non vi è alcuna espressa disposizione relativa a questa categoria di beni. Dei giureconsulti, il Mattirolo, mentre nella terza edizione del suo *Trattato di diritto giudiziario* aveva esaminata la questione, ritenendo che i proventi di una tabaccheria concessa dal Governo a titolo di pensione o d'indennità per servizi prestati allo Stato, vanno compresi nel divieto di cui all'art. 591, nell'ultima edizione di quell'opera nulla più dice in proposito. Il tribunale osserva, in primo luogo, che è arbitraria questa estensione per analogia di una legge che restringe il libero esercizio dei diritti e forma eccezione alle regole generali (art. 4 disp. prel.). Ma poi neppure nel caso in esame ricorre analogia con quelli contemplati nell'art. 591 c. p. c., colla legge speciale sulla insequestrabilità e incedibilità degli stipendi.

La legge contempla somme che devono esser pagate dallo Stato, ed a questo proposito bisogna ricordare che l'insequestrabilità e la non cedibilità degli stipendi, pensioni ed assegni dovuti dallo Stato fu stabilita principalmente per non intralciare la contabilità dell'amministrazione con gli innumerevoli vincoli che altrimenti avrebbero gravato sopra gran parte di questi stipendi, ecc. Invece nella cessione fatta dalle Macchese al Di Mario, il Governo è del tutto estraneo.

A parte queste considerazioni, qui si potrebbe sostenere che la rivendita è stata accordata in luogo ed a titolo di pensione; giacchè, come ammettono le tre Macchese, quello è stato concesso oltre la pensione spettante alla sig. Macchese madre quale vedova di un ufficiale.

Le Macchese vorrebbero pure assimilare questi proventi agli assegni per alimenti e quindi applicare il disposto dell'art. 592 c. p. c. Gli assegni contemplati in questo articolo sono quelli che una persona è tenuta o per legge o per sentenza del giudice a prestare ad un'altra sotto espresso obbligo d'assegno alimentare vitalizio o temporaneo, oppure quelli che per disposizioni testamentarie od altre consimili sieno dovuti per espresso titolo di alimenti voluto assegnare dal disponente (Cass. Roma 22 luglio 1898, Antenucci c. Romagnoli, *Mon. trib.* 1898 p. 989). Non vi ha dubbio che le concessioni delle rivendite non rientrano nella prima categoria; ma neppure possono collocarsi nella seconda, giacchè nè dalla legge nè dall'atto di concessione risulta che sieno state fatte a titolo di alimenti, ma solo ebbero luogo in ricognizione dei servizi prestati allo Stato da un congiunto delle concessionarie. Nè valga il dire che costoro non hanno altra entrata per vivere all'infuori dei proventi di quella tabaccheria, giacchè questa è un'accidentalità che non immuta la natura della concessione, come non si trasformerebbe in assegno alimentare e quindi impignorabile lo stipendio corrisposto da un privato ad un suo impiegato, per il fatto che costui fosse privo di ogni altra risorsa. Se adunque i proventi della tabaccheria concessa alla signora Macchese potrebbero esser passibili di pignoramento, a più forte ragione potranno essere ceduti volontariamente a terze persone; di conseguenza, dichiarata valida la impugnata cessione, si dovrà ordinare ai signori Bordoni e Chistolini di pagare al Di Biacio le corrisposte dei mesi da marzo a luglio 1899 oltre le successive fino alla soddisfazione del credito del Di Biacio verso le Macchese. Sui mensili scaduti fino al luglio 1899 sono dovuti gli interessi legali dalla domanda, e sui successivi gli stessi interessi dalle rispettive scadenze.

P. q. m., ecc.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

19 novembre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Piccolo-Cupani = Pietrosanti.

Il proprietario che sottrae le cose a lui pignorate commette il reato di cui all'art. 203 c. p., che non riesce eliminato, nè dall'estinzione del debito pel quale venne eseguito il pignoramento, nè dalla perenzione o nullità di questo (1).

Sul I, II e III mezzo: Il proprietario pignorato il quale sottrae le cose sottoposte a pignoramento offende precipuamente il diritto sociale, che esige il più scrupoloso rispetto agli ordini dell'autorità; ond'è che il corrispondente reato previsto dal suddetto art. 203 è compreso nel titolo relativo ai delitti contro la pubblica amministrazione. La cosa pignorata mediante il pignoramento viene sottratta dalla libera disposizione del proprietario, e posta in potere della giustizia. Per il che il sottrattore, quando pure nel di lui fatto non risultassero offesi i diritti dei creditori pignorati, va sempre responsabile del reato previsto dal medesimo art. 203. Fosse estinto il debito, nullo o perento il pignoramento, non spetta a lui determinarlo, ma alla pubblica autorità che ne è investita pel pignoramento istesso, ed egli per non incontrare la sanzione penale non deve dolosamente violare tale vincolo giuridico. Il ritenersi dal sottrattore estinto il debito pel quale ebbe luogo il pignoramento, può bene essere elemento di fatto per ammettere nell'agente la buona fede, ma questa è circostanza da valutarsi dai giudici di merito, e che nella specie venne esclusa, ammettendo la impugnata sentenza il concorso del dolo specifico.

Nè può sostenersi che trattisi esclusivamente di esercizio arbitrario di proprie ragioni, dappoichè è ben vero che in parecchi casi di reati di sottrazione di oggetti pignorati si riscontra un esercizio arbitrario di proprie ragioni, ma siffatto esercizio arbitrario non può ricadere che nelle specifiche previsioni dell'art. 203 che lo contemplano, e che costituiscono un reato di azione pubblica superiore a quello previsto dall'articolo 235 per il quale in certi casi non si procede che a querela di parte.

Il quarto mezzo non ha alcun giuridico fondamento, essendo che, se è ben vero che i parti degli animali (nella specie, pulledri), si appartengono per l'art. 444 c. c. al proprietario degli animali, certo è ben pure che una volta che la proprietà degli animali è affetta da un vincolo, quale è quello che risulta dal pignoramento, l'accessorio segue il principale nella stessa limitazione del diritto di proprietà.

P. q. m., rigetta.

—

15 novembre 1900 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Piccolo Cupani = Rossi.

Commette appropriazione indebita qualificata il procuratore legale che si appropria somme versategli dal cliente per pagare le spese alla parte avversaria.

Rossi Gaetano, procuratore legale, condannato alla reclusione ed alla multa per appropriazione indebita qualificata, ha dedotto i seguenti mezzi di ricorso:

1.° Violazione dell'art. 393 c. p. p., perchè, rimasta esclusa la esistenza del fatto imputatogli, lungi che ritenerlo colpevole avrebbe dovuto dichiararsi per non esser luogo a procedimento penale. Che rimase esclusa la esistenza del fatto, assume il ricorrente, risulta dalla imputazione notificatagli, che era quella di avere egli il 27 marzo 1898 ricevuto lire duemila dalla querelante per pagarle al di lei creditore avv. Zanini Enrico, mentre la sentenza ritiene poi che in detto giorno ne ricevette soltanto mille,

(1) Cfr. Trib. Girgenti, 2 agosto 1894 in questo *Filangieri*, 1894, 2, 304, coi richiami e da ultimo Cass. 27 luglio 1899 in *Cass Un.*, XI, 506. Dissente da questa opinione, pel caso che il proprietario non sia insieme custode, il Civoli, *Man. di dir. pen.* (Milano, *Soc. Ed. Libraria*, 1900), p. 895.

e la sentenza medesima afferma poi che la Zanini ne ebbe pagate L. 1500, vale a dire L. 500 in più, sicchè esula la indebita appropriazione. Nè può dirsi che col comparire e difendersi, il Rossi abbia sanato la nullità della citazione, essendochè egli ed il suo avvocato dimostrarono non essere fondata l'accusa mossagli nei suddetti sensi;

2.° Violazione dell'art. 419 c. p. poichè egli è un procuratore legale, e quando pure con la suddetta qualità si avesse ricevuta quella somma, non era inerente necessariamente alla suddetta qualità l'obbligo di eseguire quel pagamento.

Il I mezzo non si regge: poichè nel più, di lire duemila, ci è il meno, di lire mille; e la sentenza impugnata ritiene in punto di fatto che se il 27 marzo anzidetto ebbe consegnate lire mille, il dippiù se lo ebbe posteriormente; e fatti i conti risultò, che dolosamente convertendola in uso proprio, si appropriò parte delle somme ricevute in L. 2000. Se col mezzo medesimo il ricorrente intende attaccare l'atto di citazione per incertezza sulla imputazione, tale nullità che per l'art. 333 c. p. p. risulta sanata una volta che egli comparisce in giudizio, non la sollevò « in limine litis », e si difese pienamente su tutte le circostanze di fatto che formarono il convincimento dei giudici di merito per la condanna e senza sollevare alcuno incidente.

In quanto al II mezzo, a stabilire l'aggravante di cui all'art. 419 c. p., basta che l'appropriazione sia commessa sopra cose affidate, o consegnate per ragione di ufficio; e questo appunto la impugnata sentenza ha ritenuto in fatto. Le somme al Rossi furono consegnate dalla Cerretti, della quale era il procuratore legale, non per considerazioni affatto personali, ma per ragione dell'ufficio di procuratore legale col quale l'assisteva in quella vertenza.

P. q. m., rigetta.

—

13 novembre 1900 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Locci-Selis = D'Addetta.

***Sul ricorso del P. M. contro l'imputato assolto per difetto di prove, ben può il magistrato d'appello dichiarare il non luogo per inesistenza di reato* (1).**

D' Amico Michel' Antonio e Russi Michela, D' Addetta Michel' Antonio, D' Antuono Matteo Omizio e Tarallo Angela Vittoria, tutti di Carpino, furono tradotti al giudizio del pretore di Cagnano Varano per rispondere, i primi due di furto di pianticelle del valore di L. 562.80 in danno del comune di Carpino e di contravvenzione forestale, e gli altri di ricettazione dolosa delle pianticelle rubate. Il pretore di Cagnano Varano li assolse tutti per non provata reità, ma sull'appello del procuratore del Re in Lucera e dell'imputato Sacerdote d'Addetta il tribunale di Lucera si pronunziò nel senso che risultasse provato dagli elementi processuali che i ricettatori D'Addetta, appellante, D'Antuono e Tarallo non avessero consumato il reato loro ascritto e quindi inesatta la formola di assoluzione dei medesimi, infondato l'appello del P. M. nei riguardi D'Amico e Rossi: e con sent. 4 luglio dell'anno corr., in parziale riparazione di quella del pretore di Cagnano 19 maggio precedente, dichiarava non luogo a procedere a carico dei summentovati D'Addetta, D'Antuono e Tarallo, per inesistenza di reato, confermandola nei riguardi di D'Amico e Russi. Contro la sentenza del tribunale ricorre ora il procuratore del Re appellante, sostenendo con due mezzi la violazione del combinato disposto degli articoli 353 e 399 c. p. p., nonchè degli articoli 356, 366 e 367 dello stesso codice. Secondo il concetto a cui paiono informati i citati due mezzi, il tribunale avrebbe violato gli art. 353 e 399, in quanto avrebbe concesso agli imputati che erano stati assolti la facoltà di appellare mentre il combinato disposto dei sopra citati due art. 353 e 399 non concede questa facoltà che all'imputato che sia stato condannato: epperò inammissibile l'appello degli imputati assoluti e rigettato l'appello del P. M. il tribunale non poteva, per la contraddizione che nol consente, modificare la sentenza del primo giudice.

Il ricorso del P. M. presso il tribunale di Lucera potrebbe essere defensibile nei proposti mezzi, qualora esso non fosse stato appellante, ed appellante fosse il solo imputato Sacerdote D'Addetta, ma avendo egli pure appellato contro la sentenza del pretore di Cagnano Varano e il di lui appello investito della giurisdizione della causa, il tribunale una volta questo investito aveva la facoltà di esaminarla nel suo complesso e giudicare come ha giudicato, non avendo la intempestiva rinunzia del P. M. all'appello potuto svestire il tribunale della competenza a giudicare acquistata colla interposizione dell'appello. Ciò ha ritenuto non poche volte questo Supremo Collegio, e ciò crede di poter ritenere anche nella presente causa, per essere conforme ai principî di ragione e di giustizia, e conforme eziandio alle regole della procedura.

(1) Cfr., da ultimo, Cass. 27 gennaio 1899 in *Filangieri*, 1899, 397, col richiamo.

senza che faccia d'uopo venir esaminando la questione se bene o male abbia ritenuto il tribunale di Lucera regolarmente appellante il sacerdote D'Addetta, il quale era stato assoluto e non condannato nel primo giudizio. Ciò posto, ne consegue che il tribunale, una volta investito dall'appello del P. M. della cognizione della causa, aveva facoltà di esaminarla nel suo complesso e vedere se bene o male il pretore avesse giudicato assolvendo i ricettatori delle pianticelle rubate, per non provata reità, o se invece non vi fossero elementi bastevoli in processo per convincersi che i ricettatori suddetti non avessero commesso il reato loro imputato. Data questa facoltà, il giudizio emesso dal tribunale è giudizio di mero fatto incensurabile in Cassazione. E non è poi quindi giuridicamente esatto quanto afferma il P. M. ricorrente, che cioè il tribunale abbia violato il contratto giudiziale, giudicando sull'intera causa, perchè questa di lui affermazione si fonda sull'equivoco che la rinunzia all'ultimo momento del P. M. al suo appello abbia la potenzialità di svestire il tribunale dalla competenza una volta acquistata per effetto del di lui appello regolarmente interposto, mentre ciò come si ripete è un errore, altre fiate stimmatizzato da questo Supremo Collegio.

P. q. m., ecc.

—

30 ottobre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Bruni = Borguzzi.

Non commette reato il farmacista che rifiuta di somministrare medicinali per non essere stato pagato dallo stesso richiedente di altre somministrazioni.

Borguzzi Antonio, farmacista nel Comune di Aggia, con sentenza del pretore di S. Donà di Pieve, per essersi rifiutato di somministrare una medela (acqua fenicata) a Bartoli Carolina, prescritta con ricetta di medico, per curare una ferita al piede di un di lei figlio, fu ritenuto colpevole della contravvenzione prevista dall'art. 483 c. p., e condannato a L. 50 di ammenda.

Col ricorso in Cassazione si deduce la violazione dell'art. 483 c. p., perchè il fatto imputato al Borguzzi non costituisce reato.

Il ricorso deve accogliersi. Il Borguzzi non volle dare la medela, perchè la richiedente era debitrice di L. 7,70 per altre medicine non pagate. Nella legge non vi è alcuna prescrizione con sanzione penale, che obblighi il farmacista a dare la sua merce senza che se ne paghi il prezzo. Ma, prescindendo da ciò, è da porre mente, che l'art. 483 c. p., è una disposizione complementare delle contravvenzioni concernenti l'incolumità pubblica, e comprende tutti quei fatti che, anche per negligenza od imperizia, facciano sorgere in qualsiasi modo il pericolo di danni alle persone o di gravi danni alle cose. Laonde, estremo necessario perchè la contravvenzione esista, è che il pericolo del danno sia sorto per mezzo di chi commise il fatto; ma, nella specie, nessun pericolo era sorto per il rifiuto di somministrare l'acqua fenicata. Il danno al fanciullo era già stato prodotto dal fatto accidentale, e la medela si richiedeva per farlo cessare. Non si riscontrano quindi i termini della disposizione penale applicata.

P. q. m., cassa senza rinvio.

—

23 ottobre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Gui = Paolessi.

La dolosa sottrazione di energia elettrica a scopo di lucro costituisce furto (1).

Con sentenza del pretore urbano di Genova Paolessi Nazarena, dichiarata colpevole di furto di energia elettrica, fu condannata a 15 giorni di reclusione. Il tribunale di detta città cui appellò la condannata respinse l'appello ai 2 maggio 1900 confermando la sentenza del primo giudice. Ora essa ricorre in Cassazione tanto contro la sentenza di merito, quanto contro le ordinanze emanate nel corso del dibattimento deducendo i seguenti mezzi.

Con mezzi aggiunti si riproducono e sviluppano i mezzi principali e da ultimo (motivo quarto) si sostiene la violazione dell'art. 402 cod. pen. in quanto che la sottrazione di forza elettrica non può costituire furto, e (motivo quinto) altra violazione dell'art. 402 cod. pen., perchè nella peggiore ipotesi si potrebbe riscontrare nella sottra–

(1) Cfr. A. Roma, 13 dicembre 1898, Orsetti in *Riv. Univ.*, 1899, 92. — Pret. Pavia, 26 sett. 1898. Fasani. *Mon. Trib.*, 1899, 58. — Cass. 13 luglio 1898, *Foro it.*, 1898. II, 421. — A. Napoli, 2 sett. 1897, Radice, *Rif. giur.*, 1898, 176. E vedi le seguenti monografie: Olivieri, *Il furto di energia elettrica*, in *Scuola pos.*, 1898, 271; Levi, *Il furto di energia elettrica*, in *Giur. pen. tor.*, 1898, 362; Frassati, *L'energia elettrica e il furto*, in *Riv. pen. suppl.*, VI, 257: De Sanctis, *Furto di energia elettrica*, in *Mon pret.*, 1898, 193; Pipia. *L'elettricità nel diritto*, Milano, Hoepli, 1900, ecc. — Sull'indole del contratto di somministrazione di energia elettrica agli effetti fiscali v. da ultimo Cass. Roma, 16 agosto 1899, in *Filangieri*, 1899, 766 colla nota.

zione di elettricità, non il reato di furto, ma quello di truffa.

Non può menomamente dubitarsi della natura del reato, che cioè si tratti di un furto concorrendovi tutti gli estremi costitutivi di tale reato. Non ignora la Corte il dibattito cui ha dato luogo tale questione, nè le svariate opinioni in proposito emesse da giuristi italiani e stranieri, essa però persiste nell'avviso già emesso con altra decisione 13 luglio 1898, ricorso P. M. contro Orsetti. Tutta la questione sta nel determinare la natura della energia elettrica, se cioè essa possa considerarsi cosa mobile, nel senso giuridico. Il concetto della tangibilità sorto specialmente ad occasione del furto di gas, per aversi una cosa mobile, non è requisito essenziale alla medesima, occorre solo che si tratti di cosa corporale, avente un valore qualsiasi commerciale, suscettibile di essere trasportata. A parte ogni disquisizione scientifica sull'essenza dell'elettricità, non v'ha dubbio che essa è una forza sia pure ignota, che la potenza dell'ingegno umano è riuscita ad afferrare ed imprigionare impossessandosene e disponendone a suo piacimento nei molteplici bisogni della vita. In questa parte vi è molta analogia col gas; l'uno, dopo il suo sviluppo è condotto per mezzo dei tubi nel luogo di consumo; l'altra, lo è a mezzo di fili conduttori e di accumulatori; l'uno come l'altra può misurarsi; e l'uno e l'altra hanno un valore commerciale non indifferente. Si tratta pertanto di cosa, che se non si vede e non si tocca prima dell'uso a cui è destinata, dal momento che si usa diviene visibile e può dirsi anche tangibile. In altri termini l'energia elettrica è cosa corporale e mobile, perchè può entrare nel dominio effettivo dell'uomo, può essere usata da lui in molteplici modi trasportandola da un luogo ad altro ed ha un valore commerciabile. Giova anche a tale proposito ricordare quanto si legge nella relazione al Senato intorno al progetto del codice sull'articolo corrispondente all'attuale art. 402. In essa si legge: « Si vorrebbe con un'aggiunta prevedere il furto... di fluidi, come il gas, la luce elettrica ed altre forze imponderabili. Ma questa proposta... è inutile quanto alla sottrazione di detti fluidi, essendo in essi evidente la qualità di cose mobili ».

Data la natura di cosa mobile nell'energia elettrica, non può cader dubbio pel concorso degli altri estremi costitutivi del reato di furto, l'impossessamento cioè della medesima (*contrectatio*), senza il consenso del proprietario (*invito domino*) e per fine di lucro (*lucri facendi causa*). Di questa ultima condizione è inutile parlare avendo largamente la impugnata sentenza dimostrato che la Paolessi ebbe a scopo di trarre profitto aumentando la luce; vi fu l'impossessamento nel fatto dell'apparecchio soltanto in modo che la corrente elettrica per raggiungere le lampade non passava pel contatore, il che include la mancanza di consenso del proprietario dell'elettricità, il quale appunto aveva messo quell'apparecchio perchè fosse determinata la quantità di forza che si consumava. Anche il quarto mezzo pertanto deve respingersi.

Di fronte a tali considerazioni perde ogni valore il quinto mezzo di ricorso, non potendosi confondere il reato di furto con quello di truffa, a costituire il quale mancherebbero e i raggiri diretti ad ingannare o sorprendere l'altrui buona fede, e la spontanea consegna della cosa, oggetto del reato in seguito di tali raggiri.

P. q. m., rigetta.

—

20 ottobre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Bruni = Singer e Tangorra.

Data la unicità del fatto costituente reato di azione privata, la remissione a favore di uno degli imputati giova anche agli altri, quantunque non si abbia contro tutti un'unica querela.

I diffusi mezzi dei due ricorsi, si riassumono più in una critica di fatto, che di diritto violato. Sostanzialmente il procuratore generale e la parte civile convengono che, se le due querele, sporte, una avanti il tribunale di Aquila, e l'altra innanzi al tribunale di Milano, riflettessero fatti identici, benchè contro persone diverse, corretta sarebbe stata la sentenza denunciata, che disse operativa la desistenza, fatta a Milano in favore del Weinaghen e soci, anche per il Tangorra.

Ora, su questo assorbente punto del ricorso, la sentenza denunziata non lascia dubbio di sorta, nè è ufficio di questo Supremo Collegio di entrare nei particolari del fatto. La Corte aquilana, con lo studio fatto sulle due querele, ritenne che il catalogo generale, pubblicato dal Weinaghen con commenti diffamatori per la società Singer, fu poi riprodotto dal Tangorra con parole e concetti identici: che questi, per le pubblicazioni fatte contro la detta società, ebbe i mezzi e fu ispirato dal Weinaghen, e con molti argomenti dimostra che fu la mano lunga di questo: che le circolari fatte dal Tangorra, per diffondere l'opuscolo di 75 pagine contro la Singer, contenevano nulla di più grave di quello che nell'opuscolo stesso erasi detto, opuscolo, che Weinaghen aveva anch'esso raccomandato perchè si leggesse.

Posto ciò, non regge il mezzo, circa la

mancanza di motivazione, sulla unicità di fatto, e non regge l'altro mezzo, per violazione dell'art. 88 c. p. e 117 c. p. p.; perocchè la Corte di Aquila fece un'esatta applicazione della legge. Nei reati d'azione privata il querelante, che si crede leso, può muoverla anche direttamente, ma non è in sua facoltà di dire che siano reati per uno e non lo siano per un altro, e non può servirsi della vendetta sociale, secondo i suoi calcoli e le sue simpatie: e perciò l'art. 88 c. p. dispone che la remissione, a favore di un imputato, giova agli altri.

Nè le circostanze di tempi e luoghi diversi, ove le due querele furono presentate, influiscono menomamente per mutare il fine ontologico della legge: il prima ed il dopo delle querele ed i diversi aditi possono essere circostanze accidentali, od anche regolate maliziosamente dal querelante, ma non tolgono l'unicità dell'offesa che si vuole riparata.

P. q. m., rigetta.

—

17 luglio 1900 — *Pres.* Fiocca *Rel.* Ponticaccia = Giovannelli.

A costituire il reato di cui all'art. 487 c. p. è elemento indispensabile il fine di lucro (1).

Giovannelli Dante di anni 12, giusta la sentenza del pretore urbano di Firenze 7 maggio 1900, fu colto dagli agenti della forza pubblica accompagnato ad altro fanciullo suo coetaneo, Enrico Bonciani, che gettava in aria una moneta da 5 centesimi, sulla via pubblica; atto costituente il delitto punito dall'art. 485 c. p., dappoichè appunto in quel modo si giuoca a testa o corona, toscanamente a palle o santo, altrimenti a carachè. Avverso la sentenza che li condannò a 5 lire di ammenda Giovannelli solo ricorre per cassazione, e deduce tra altri mezzi il difetto di ragionamento in diritto.

Impossibile dargli torto: dappoichè se al pretore non isfuggiva l'obbligo di motivare sul discernimento e di costituire il reato con tutti i suoi fattori, tra i quali il caso, onde dipenda la perdita o la vincita, superando, se incontrasi le abilità del giuocatore; dimenticava invece un elemento, pure essenziale scritto nell'art. 487 del cod., vale a dire il fine di lucro. Per ragazzini come i giudicabili, anche 5 centesimi possono rappresentare un vantaggio, presa pur la parola nel senso più largo, ma essi negarono esplicitamente, ed era dunque non solo di stretta convenienza, ma di legalità vera e propria con apposite argomentazioni combatterne le difese, e riconvincerli. Dovevasi, a cagione di esempio, escludere che l'atto di uno solo, del Bonciani colto mentre gettava in aria il soldo, fosse un'esperienza od un divertimento gratuito cui il compagno assistesse, non soltanto materialmente, e codesta possibilità ed altre simili adombrate negli interrogatori reclamavano una parola. Così come è la sentenza è monca; viziata quindi per nullità.

(1) Chi avrebbe mai pensato che se ne potesse dubitare?

—

17 luglio 1900 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Gui = Morelli.

Nelle lesioni personali la concausa non può influire se non sulla commisurazione della pena nei limiti legali o per stabilire l'eccesso nel fine (1).

Morelli Pietro chiede la cassazione della sentenza del 5 maggio 1900, emessa dalla Corte di Milano, che in parziale riparazione di quella del tribunale di Busto Arsizio riduceva a mesi 3 e giorni 10 la pena di mesi 5 di reclusione inflittagli pel delitto di lesioni personali volontarie in danno di Chiappa Giuseppe. Coi mezzi di gravame sostiene: 1.° La violazione e falsa applicazione dell'art. 372 n. 1 e parte ultima del cod. pen., poichè la Corte erroneamente ritenne che la lesione riportata dal Chiappa avesse cagionato malattia superiore a giorni 10. La lesione per sua natura era guaribile in 5 giorni e se si protrasse la guarigione ad un periodo più lungo fu pel concorso di una concausa per l'assoluta mancanza di cura dell'offeso. Doveva pertanto applicarsi l'ultima parte dell'art. 372 e dichiarare non luogo per difetto di querela; 2.° Nuova violazione della prima parte e del n. 1 del ricordato art. 372 c. p. Poichè manca la prova che la malattia fosse durata per 20 giorni, od almeno vi era in proposito un grave dubbio che doveva risolversi a favore dell'imputato,

Coi motivi di gravame si attacca il convincimento dei giudici di merito i quali ritennero accertato in fatto per le risultanze generiche che la malattia e la inca-

(1) Intorno alla concausa nelle lesioni, v. da ultimo il perspicuo articolo del Bianchi, *La protratta guarigione delle lesioni in ordine alla pena ed ai danni civili*, in questo *Filangieri*, 1900, 257. Ivi è pure diligentemente riassunta la più interessante giurisprudenza sulla questione. — Cfr. pure A. Torino, 10 luglio 1898 in *Filangieri*, 1899, 76, col richiamo.

pacità al lavoro effetto della lesione irrogata al Chiappa dal ricorrente durò ben 20 giorni; che nessun elemento è sorto per stabilire che, se il ferito si fosse diligentemente curato, la malattia avrebbe durato più breve, come non si è neppur lontanamente accertato che l'esito della malattia si fosse aggiornato per mala fede dalla parte lesa.

Della concausa poi, di cui ora si parla nel I mezzo, non si fece alcun cenno nel giudizio d'appello, la legge d'altronde non ammette tale diminuente nelle lesioni, diminuente che può solo aversi a calcolo per stabilire l'attenuante dell'eccesso del fine (ammessa nel caso in esame dal tribunale) e per determinare la qualità della pena. Infondati pertanto essendo i dedotti mezzi, il ricorso deve respingersi.

P. q. m., rigetta.

—

13 febbraio 1900 - *Pres.* Capaldo — *Rel.* Ponticaccia — D'Antino e Gargano.

Non possono essere considerati atti arbitrari. *che tolgono la protezione della legge verso il pubblico ufficiale oltraggiato, quei modi, usati dall'ufficiale medesimo, pei quali potrebbe sorgere la minorante della provocazione* (1).

Il pretore di Barletta dichiarò D'Antino Guglielmo e Gargano Francesco colpevoli di oltraggio a pubblico ufficiale, non a causa, ma nell'esercizio delle funzioni pubbliche; riconobbe che furono provocati lievemente, concesse le attenuanti ed inflisse ad entrambi una multa.

Ma interposto appello il P. M., il tribunale di Trani estendeva la responsabilità loro al delitto maggiore di oltraggio con violenza e minaccia verso l'ufficiale pubblico a causa delle funzioni (art. 195 c. p.), tenne ferma la scusa e l'art. 59, aggiungendo alla pecuniaria una pena afflittiva.

Della sentenza di secondo grado chiedono ora l'annullamento i condannati e presentano come motivo principale la violazione degli art. 194 e seg., perchè l'oltraggiato non è pubblico ufficiale; e come mezzi aggiunti:

1.° Mancata motivazione per uno dei gravami specifici d'appello seguìto da conclusioni in udienza, coi quali chiesero si richiamasse il verbale di giuramento prestato dall'agente ferroviario, soggetto passivo del delitto; violato l'art. 323 n. 3 c. p. p.;

2.° La provocazione dell'art. 51, nei reati di oltraggio, equivale alla discriminante dell'art. 199.

I due primi mezzi si possono fondere rispondendo: essere inesatto che ai giudici d'appello fosse posto il quesito sulle qualità o sulle funzioni del denunciante, nessuna frase della cedola in atti rivela nè manco l'intenzione di riparare a quella eccezione specifica, la quale è dunque nuova, colpita dall'art. 323 c. p. p., nè incidente si è svolto in udienza circa il verbale di giuramento di Sersanti; soltanto nelle conclusioni finali, ma senza dedurne la ragione della richiesta o negare ciò che coi motivi non si era impugnato, fu richiesto il verbale di giuramento. Vero è che nella sentenza non si rispose *ex capite*, ma dopo ripetute affermazioni trattarsi di pubblico ufficiale, di fronte al silenzio dei gravami, è lecito ritenere siasi come forma implicita ed esauriente rifiutato un inutile sussidio istruttorio.

Quanto all'ultimo mezzo aggiunto si osserva: come sia difficile immaginare un caso che, meglio di quello in esame, tradisca la debolezza della tesi proposta. Allorquando il pretore, volto l'animo facile ai ricorrenti, li ritenne quasi provocati, diede nome ed efficacia di atti ingiusti ai modi urbani del verbalizzante.

Il tribunale però rifiutavasi di sottoscrivere a codesto giudizio, qualificando anzi « corretti » quei modi medesimi, e non ritolse la provocazione perchè inclinato allo scrupolo verso un benefizio, apparsogli pressochè quesito.

Posto ciò, come contenuto della scusa, secondo la sentenza, si guardi l'art. 199.

Il pubblico ufficiale perde la protezione necessaria, accordatagli negli articoli precedenti, quante volte abbia dato causa al fatto, eccedendo, con atti arbitrari, i limiti delle sue attribuzioni. A tale eccesso, rinserrato entro una cerchia di condizioni costitutive tanto precise, male dunque pretende il ricorso equivalga la minore osservanza di talune relatività sociali dai contorni evanescenti che al funzionario fu attribuita. Chiamata scusante, indarno si vorrebbe innalzarla alla espressione della dirimente.

---

(1) Sulla nozione degli *atti arbitrari* agli effetti dell'art. 199 c. p., v. da ultimo Cass. 9 maggio 1898 in *Filangieri*, 1898. 787. col richiamo.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

IV Sezione.

17 novembre 1900 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Cagnetta = Comune di Spezia c. Min. della P. Istruzione.

1. *Per quanto sia consentito ai Comuni, i quali bandiscono direttamente un concorso all'ufficio di* maestro, *di richiedere particolari condizioni oltre a quelle prescritte nell'art. 128 regol. gen. sull'istruz. elem. 9 ott. 1895* (come, ad es., *la prova d'esami — la patente di grado superiore anche per le classi inferiori — un massimo d'età determinato, ecc.*), *non è tuttavia consentito di limitare il concorso stesso a una sola categoria di persone, nella specie ai soli* laici, *il che importa violazione dell'art. 24 cap. dello Statuto fondamentale.*

2. *Una tale limitazione non può ritenersi ammissibile neppure in vista di eventuali specialissime condizioni locali, consistenti nel trovarsi la popolazione del Comune divisa in diverse confessioni religiose.*

3. *Una tale limitazione giustifica da sola l'annullamento dell'intero concorso.*

4. *Tale annullamento può essere pronunziato dal Consiglio Provinciale Scolastico.*

5. *Il Consiglio Prov. Scol. può deliberare tale annullamento nell' occasione in cui gli siano sottoposte le nomine già state fatte, in seguito a detto concorso, dall'autorità comunale* (1).

6. *Nè osta a tale sua facoltà d'annullamento la circostanza che l'avviso di concorso, contenente la sovraddetta illegittima limitazione, sia stato sottoposto dall'Autorità comunale al sindacato del R. Ispettore Scolastico perchè verificasse se fosse conforme alla legge, e che questi vi avesse apposta regolarmente il* nulla osta *per la pubblicazione — art. 132 regol. sudd. 9 ottobre 1895* (2).

Il Comune di Spezia nel giugno 1899 bandiva vari concorsi per la nomina di maestri, « prescrivendo che ai concorsi esterni sarebbero stati ammessi soltanto gl'insegnanti laici ». I concorsi vennero effettuati, ed il Consiglio comunale procedeva anche alle nomine il 9 nov. 1899. Se non che il Consiglio prov. scol., con deliberazione 14 nov. 1899, annullava tali concorsi, ritenendo illegittima la clausola che aveva ristretto ai soli laici, esclusi i ministri del culto, la possibilità di concorrere. Il Comune reclamò al Ministro della P. I. contro tale deliberazione; ma con decreto 9 aprile 1900, comunicato il 3 maggio successivo, il ricorso fu respinto.

Di questo decreto ministeriale si chiede ora l'annullamento.

Si osserva nel ricorso che l'art. 24 dello

(1-2) Su questi due punti (osserva la pregevole redazione del *Monitore dei Tribnuali*) abbiamo il dubbio che la IV Sez. abbia voluto colla sua giurisprudenza correggere la procedura stabilita dalla legge, e lo diciamo non ostante il desiderio nostro che la legge sia corretta.

L'avviso di concorso, oggi, è soggetto all'approvazione del R. Ispettore Scolastico, il quale « verificherà se le condizioni del concorso siano conformi « alla legge, e in caso affermativo apporrà su entrambi gli esemplari il *nulla osta* per la pubblica« zione » (art. 132 reg. gen. 9 ott. 1895).

Le nomine fatte in seguito al concorso per tal modo indette sono poi sottoposte all'approvazione del Cons. Prov. Scol. (art. 144 reg. sudd.), il quale, nell'approvarle, « pon mente che nel caso di concorso ne siano « state osservate le condizioni . . . » (art. 29 regol. sull'ammin. prov. scol. 3 nov. 1877).

Secondo noi basta questo per escludere l'assunto seguito dalla odierna decisione.

Ma se questo diciamo *de lege lata*, *de lege condenda* invece dobbiamo dichiarare che non è prudente lasciare all'Ispettore scolastico un giudizio così complesso e talvolta pieno di difficoltà anche giuridiche, come è quello di approvare l'avviso di concorso, e non è poi giusto che il Cons. Prov. Scol. debba prendere come punto di partenza delle sue deliberazioni quel giudizio medesimo e limitarsi a vedere se le condizioni relative siano state osservate. In altre parole: la previa approvazione degli avvisi di concorso dovrebbe essere affidata anch'essa all'autorità che approverà poi le nomine, ed essa dovrebbe giudicarne senza facoltà . . . di pentirsi (a. c., pagina 137).

Statuto non basta a risolvere la quistione: che l'art. 128 del reg. 9 ott. 1895, non ha carattere tanto assoluto da non permettere ai Comuni di introdurre qualche modificazione negli avvisi di concorso, come del resto si desume dall'art. 121 di esso regolamento. Ora l'interpretazione del principio d'eguaglianza di tutti i cittadini contenuto nell'art. 24 dello Statuto deve farsi in relazione agli art. 125, 126, 128 del citato regolamento 9 ott. 1895; e le facoltà dei Comuni nello stabilire le condizioni dei concorsi sono molto ampie, anche secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Lo stesso Ministero riconosce che possano introdursi condizioni di prova d'esame, che possa richiedersi la patente di grado superiore anche per le classi inferiori, che possano escludersi i maestri i quali abbiano superato una determinata età: ora anche queste sarebbero condizioni ed esclusioni che colpiscono un'intera categoria di insegnanti e di cittadini. Parimenti si è riconosciuto che la condizione di insegnante possa dichiararsi incompatibile con quella di segretario comunale, esattore, tesoriere, paroco. Nella specie poi, dice il ricorrente, non è alla qualità di ministro dei culti in astratto, che mira l'esclusione dal concorso deliberata dal Consiglio comunale di Spezia; ma ciò si fece in riguardo degl'inconvenienti ai quali per le condizioni locali può dar luogo nell'impartire l'insegnamento quella qualità d'insegnanti, essendo la popolazione di Spezia appartenente a diverse confessioni religiose. Di fronte agli alunni delle scuole elementari appartenenti a diversi culti, la qualità nel maestro di «ministro di un culto qualsiasi» non offre la garanzia dell'assoluto rispetto di tutte le convinzioni e di tutte le coscienze, donde il pericolo di un insegnamento meno utile e meno efficace.

Inoltre si deduce che il decreto impugnato sanzionò un eccesso di potere da parte del Consiglio prov. scol. di Genova, e cadde a sua volta nello stesso vizio. Per effetto delle disposizioni degli art. 132 e 134 del regolamento 9 ott. 1895 e 29 del R. D. 3 nov. 1877 sull'amministrazione scolastica provinciale, la funzione dei Consigli prov. scol. quando trattasi di concorso bandito dai Comuni, non è d'esaminare le condizioni di concorso, ma di esaminare se queste condizioni sieno state nelle nomine osservate: quindi il Consiglio prov. scol. di Genova si arrogò una facoltà di competenza del R. ispettore, il quale aveva già apposto il visto all'avviso di concorso.

Si conchiude per l'annullamento del decreto ministeriale 20 aprile 1900, e che sia provveduto a norma di legge.

La legge organica 13 novembre 1859, nello stabilire le condizioni per la nomina di maestro nelle scuole pubbliche elementari, non fa alcuna distinzione fra insegnanti laici ed ecclesiastici, lasciando a tutti i cittadini che abbiano un'adeguata capacità, una buona condotta morale e un'età determinata (art. 328, 331), il diritto di concorrere ai posti di maestro nei Comuni del regno; e i titoli da esibirsi a corredo delle domande sono specificati nell'art. 128 del regolamento generale 9 ott. 1895, parimenti senza considerazione alcuna al riguardo della condizione speciale di laico o di ecclesiastico nel candidato.

Il provvedimento contro il quale ricorre ora il Comune di Spezia non contraddice alla tesi sostenuta dal medesimo, in quanto assume che il disposto del citato art. 128 non escluda in modo assoluto nei Comuni, i quali bandiscono direttamente il concorso, la facoltà di poter richiedere particolari condizioni, oltre quelle prescritte, per assicurare la scelta dei migliori e rendere più efficace l'insegnamento. Ma tale facoltà non può essere illimitata; e nella specie, poichè la deliberazione del Consiglio comunale di Spezia, limitando il concorso fra i soli laici, preclude l'adito, in genere, a tutti gl'insegnanti ecclesiastici e si risolve praticamente nella esclusione di una intera classe di cittadini dal godimento di un diritto, giustamente il Ministro, sentita la Commissione per le controversie dell'istruzione primaria, trovò, pel caso in esame, il limite alla indicata facoltà dei Comuni nella eguaglianza dei diritti garantiti dall'art. 24 dello Statuto del regno e nell'ammissibilità di tutti i regnicoli alle cariche pubbliche.

Le eccezioni di legge di cui parla l'indicato articolo dello Statuto debbono porsi in relazione al concetto dell'eguaglianza che vi è posta come norma e come base. Si intendono le esclusioni e le limitazioni in rapporto a determinati requisiti prescritti; poichè per ogni determinazione di capacità giuridica occorrono indubbiamente certe condizioni; ma queste condizioni, poste nelle singole leggi, debbono essere concepite avendo riguardo obbiettivamente allo scopo, all'ufficio da conferire, senza considerazione ad elementi estranei. E quanto alle speciali incompatibilità e alle particolari condizioni, cui si accenna nel ricorso, le medesime si riferiscono appunto alla concorrenza dei meriti e delle speciali attitudini in relazione all'ufficio; mentre ovvio è rilevare come, da una parte, sia ben distinto il concetto di incapacità da quello di incompatibilità, e come dall'altra non si possano creare incapacità d'ordine generale ed assoluto che non siano scritte esplicitamente nella legge.

Non regge l'assunto di voler dedurre l'incapacità dei ministri di culto in genere alle

funzioni di maestro da mero apprezzamento di convenienza, come vorrebbe il Comune di Spezia. I principî dell'autonomia comunale e le considerazioni di ordine locale non si possono sovrapporre al principio dell'eguaglianza nell'acquisto e nel possesso degli uffici pubblici, posta la concorrenza dei meriti e delle attitudini, ed in ispecie al criterio della separazione delle funzioni civili della sfera religiosa, che oramai è il fondamento positivo del diritto pubblico vigente. Se le dedotte esigenze locali, dato pure che fossero dimostrate e comprovate, potessero valere a legittimare la esclusione dei ministri di culto dal concorrere ai posti d'insegnamento nel Comune di Spezia, sarebbe tutt'altro che improbabile il caso in cui condizioni locali di genere diverso venissero addotte per giustificare la esclusione degl'insegnanti laici in un altro Comune; e ne conseguirebbero perturbamenti e disparità di trattamento non concepibili in uno Stato bene ordinato, con evidente offesa ai concetti su cui si incardina il diritto pubblico dello Stato.

Nel ricorso viene anche dedotto il vizio di eccesso di potere, che deriverebbe dall'avere il Consiglio prov. scol. di Genova invaso il campo delle funzioni riservate all'ispettore scolastico, mentre esso doveva unicamente limitarsi ad esaminare se le condizioni del concorso bandito per l'insegnamento elementare nel Comune di Spezia erano state osservate. Ma la Sezione crede non consentaneo tale limite al concetto delle amplissime facoltà demandate ai Consigli prov. scol. dalla legge organica del 1859 e dal regolamento per l'amministrazione prov. scol. approvato col R. D. 3 nov. 1876. L'ufficio di tali Consigli, cui spetta curare direttamente l'osservanza delle leggi scolastiche nelle provincie, non può ridursi a quello di semplice controllo della regolarità materiale delle nomine dei maestri elementari, precludendogli l'adito a riesaminare, in occasione dell'approvazione di tali nomine, la legittimità di tutti gli atti che vi sono naturalmente connessi e coordinati come mezzo al fine; nè l'ostacolo potrebbe derivare dal fatto di avere già l'ispettore scolastico apposto il visto all'avviso di concorso; mentre le attribuzioni degli ispettori sono essenzialmente di mera istruzione e di esecuzione (art. 52 e segg. del citato regolamento 3 nov. 1877).

Non è il caso infine di soffermarsi sull'ultima deduzione ripetuta in udienza, che cioè trattandosi di posti facoltativi, potevano dal Comune conferirsi a persone di proprio gradimento senza altre formalità; poichè, a prescindere da ogni altra considerazione, basta rilevare come dal momento che si è creduto seguire il sistema del concorso, bisogna rispettare le norme adottate per i concorsi ed uniformarsi alle medesime.

P. q. m., respinge il ricorso.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

IL SUFFRAGIO UNIVERSALE

NELL'AMERICA E NEL CONTINENTE (1)

Sommario.

1. L'istituto americano citato nel continente. — 2. Il valore *intrinseco* e quello *relativo* d'ogni istituto politico; metodo della trattazione. — 3. Il *suffragio universale* come mezzo della *funzione politica* della democrazia. Differenze sostanziali tra la democrazia americana e quella del continente. — 4. Il disciplinamento della democrazia americana; il sistema elettorale. — 5. I costumi politici infrenati dal rispetto all'autorità; riforme e tendenze. – 6. Differenza tra la concezione giuridica americana e quella europea intorno al *suffragio universale.* — 7. La funzione dello Stato in America ed in Europa in rapporto al suffragio universale nella dottrina e nella pratica. — 8. Il *governo legale* in America come campo di limitazione al suffragio universale. — 9. Due profezie non avverate; le dighe giuridiche e l'irrompere del suffragio universale. — 10. Il suffragio universale studiato come *funzione costituzionale* rispetto al *potere legislativo;* perturbazione possibile nel continente, impossibile agli Stati Uniti. — 11. L'infrenamento del legislativo e i suoi rapporti col suffragio universale. — 12. Il suffragio universale rispetto all'*esecutivo;* rapporti affatto speciali di quella costituzione. — 13. Le possibili invasioni del legislativo nell'esecutivo; parlamentarismo abortito e garantia dell'esecutivo. — 14. Altra pericolosa invasione colla nomina degl'impiegati. — 15. Il suffragio universale in rapporto al potere giudiziario americano, sua concezione fondamentale secondo la dottrina americana. — 16. Il concetto di giudice elettivo. — 17. Temperamenti del sistema elettivo giudiziario. — 18. Tendenza della democrazia americana rispetto alla doppia funzione del suffragio universale. Conclusione.

1. — I sostenitori, presso noi del continente, e specie in Italia, del *suffragio universale* sogliono citare la giovane e forte *Unione Americana*; dove in quasi tutti gli Stati il voto non è vincolato che alla condizione dell'età e di certa temporanea residenza (2). Sebbene parlare delle cose americane sia difficile

(1) Questo potrebbe essere anche un capitolo d'una più larga trattazione sulla materia, di cui mi occupai nel decorso anno in vari articoli sulla *Domenica giudiziaria* di Napoli, delineando la fisonomia legislativa dell'istituto, come funziona nelle altre costituzioni europee, dove è introdotto.

(2) Mantengono ancora speciali condizioni: il *Connecticut* (servizio militare o pagamento di tasse); il *Delaware* (pagamento di tasse nella contea); la *Géorgia* (id.); il *Maine* (non esser povero); il *New Hampshire* (pagamento di tasse); la *North Carolina* (possesso di 50 acri di terreno e pagamento di tasse); la *Pensilvania* (pagamento di tasse da due anni); il *Rhode Island* (pagamento di tasse e possesso fondiario); il *Tennesee* (pagamento della *poll taxe,* ossia tassa di capitazione); il *Texas* (non esser povero); la *Virginia* (id.) (*Our inequalities of suffrage* nella *North Am. Review* del 1887 cit., in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 159).

per un europeo, e lo notava lo stesso Bryce (1), pure nessuno può ormai dubitare che la tendenza democratica americana sia appunto quella di ammettere *tutti* al suffragio politico e far dipendere *tutti* i pubblici uffici, da quello di presidente della repubblica all'altro di giudice, dall'elezione di *tutti*. Tuttavia dallo studio delle istituzioni americane non proviene alcun sussidio alla tesi di coloro che vorrebbero tradotto negli Stati parlamentari europei il suffragio universale americano, senza altri temperamenti o riforme.

2. — Ogni istituzione, anzitutto, ha un valore intrinseco, come parte cioè staccata dal congegno in cui si muove, a sè stante, ed un valore di rapporto o *relativo*, cioè considerata rispetto alle altre istituzioni politiche del paese, in coordinazione delle quali funziona nel grande meccanismo costituzionale moderno. Il valore o significato *intrinseco* è puramente dottrinario o formale, destinato ad apprendere la sua natura o significazione, nella condizione *statica*, perchè siano chiari i suoi elementi giuridici. Il vero valore suo è quello *relativo* o *funzionale*, nella condizione *dinamica* di tutto il meccanismo costituzionale d'uno Stato. La filosofia del diritto può occuparsi del primo aspetto dell'istituto; ma il diritto pubblico positivo non può che tener conto di questo secondo aspetto, ch'è il reale e il positivo. Ecco perchè il suffragio universale nelle istituzioni americane deve essere studiato come *mezzo di funzione politica della democrazia* e come *funzione costituzionale*; in rapporto cioè tanto alla natura intrinseca di quella democrazia, quanto alle fondamentali istituzioni di quel paese: il legislativo, l'esecutivo, e il giudiziario. E perchè sia chiaro e preciso il valore di questa sua funzione positiva è bene ricercare quale funzione verrebbe esso stesso ad avere negli Stati parlamentari sia rispetto alle nostre classi democratiche, ora escluse dal suffragio, sia rispetto alle medesime loro istituzioni fondamentali. Solo dopo un siffatto studio accurato può concludersi che questo *volante*, vivificatore indispensabile del meccanismo americano, trasportato nel meccanismo europeo dello Stato parlamentare, senz'altro fresco, riescirebbe estremamente pericoloso e sovvertitore; lanciando tutto il sistema in balìa di un ambiente sociale tuttora ignoto ed inesplorato e producendo quelle stesse perturbazioni costituzionali, che sorprendiamo giorno per giorno nello stato di Francia (2).

I.

Come mezzo di funzione politica della democrazia.

3. — Già questo istituto, considerato come *mezzo di funzione politica della democrazia*, ha un aspetto in Europa tutt'affatto

---

(1) *The Am. Commonvealt*, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 1006 in nota: « Al presente è difficile per chi si trova in Europa accertarsi dello stato in cui si trova una costituzione ».

(2) Vedansi le acute osservazioni del FREEMAN, *Sulla elezione di Napoleone*, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VII, p. 49.

diverso da quello americano; ed a queste differenze essenziali occorre bene por mente per penetrarne, a tutta prima, l'intima natura sua.

Le classi democratiche europee, per le quali si reclama il suffragio sono quelle operaie ed agricole, che, per essere senza coltura e senza beni, sono attualmente escluse dal voto dalle leggi positive inglesi ed italiane: ignoranti della vita pubblica, con ardore di ribellione contro le classi governanti, marciando a sempre nuove conquiste *con la fiaccola in mano e con la scure*, come canta un loro poeta. Il socialismo europeo esce dal cervello dei giovani *hegeliani*, come un corollario da una premessa, e prima di diventare coscienza popolare delle masse è dottrina aristocratica d'una scuola (1). Le masse non sentono che l'alitare della fiamma divoratrice e l'alimentano con l'odio di ingiustizie secolari, vere o false che siano. Da noi la democrazia è lotta per un migliore assetto politico e sociale nell'avvenire, in virtù di concetti generali, che il pensiero elabora e la coscienza popolare riceve. Ecco perchè il *suffragio universale* si presenta da noi come *arma di lotta* e trova repugnanze e timori nelle classi dirigenti.

In America invece la democrazia è una condizione storica primitiva (2): più che un fenomeno politico, è uno *stato mentale*, come lo definisce e lo spiega Claudio Jannet (3). Essa è venuta espandendosi; feconda e conquistatrice per l'immensa distesa delle terre americane (4), senza una classe da debellare o un sovrano da atterrare. Lo stesso movimento separatista, secondo il Jannet, *non fu che uno scisma, un secondo 1688: non un 1789* (5). Anche il carattere delle prime costituzioni repubblicane non ha l'*odor di polvere* di quelle europee: per lo più sono le stesse *carte coloniali* della madre patria, e in qualcuna di esse si sente tutto il rammarico del distacco e la speranza del riavvicinamento (6). La stessa costituzione degli Stati Uniti, come il Sumner-Maine ha dimostrato, è una versione modificata della costituzione britannica, quale era tra il 1760 e il 1787 (7). Così la stria sanguigna, che mandava in quel periodo la democrazia francese su pel cielo del mondo, passava come meteora sulle co-

(1) Rae, *Il socialismo contemporaneo*, cap. III, 118.

(2) Scrive il Boutmy: « È nata pacificamente in un mondo che non aveva passato; è uscita spontaneamente da alcune necessità fisiche o sociali, assai semplici, che si son trovate definite e fissate quasi fin dal primo giorno. Non ha storia dietro a sè e non si è data il lusso di una filosofia, rimase eminentemente realista, rigorosamente pratica e per ciò è più lungi della rivoluzione francese di qualunque monarchia temperata della nostra Europa, sulla quale sia passato il soffio eroico ed idealista della nostra rivoluzione del 1789 », in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 191.

(3) *Le istit. pol. e soc. degli St. Un. d'Am.*, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 944.

(4) Dubois, *Sistemi colon. e popoli colonizzatori*. Vedi tutto il capo VII (*Colonie di Colonie*), *La colonizzazione degli St. Un. d'Am.*, in *Bibl. di sc. pol.*, Serie 2.ª, vol. IX, p. 982.

(5) Op. cit., p. 926.

(6) Come quella del 2 luglio 1776 del *New Jersey*. Consultisi Bryce, *The Am. Comm.*, vol. II, c. XXXVII, in *Bibl. di sc. pol.*, vol. VI, p. 1002.

(7) *La Costit. feder. degli St. Un. d'Am.*, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 229 a 260.

munità americane. In un siffatto corpo sociale anche il socialismo cangia natura. Esso si traduce nel programma *positivo* del *Most Holy Order of the Knights of Labour* (1) e lo stesso *Socialistic Labour Party*, francamente collettivista, si stacca e differenzia sin dal 1883 dall'*Internationale Working People Association*, anarchico, sempre in decrescenza; mentre dalla California Enrico George sin dal 1881 bandisce il programma del nuovo verbo; e la stessa Chiesa cattolica, a mezzo del cardinale Gibbous, si affeziona alla pacifica democrazia, allargando lo spirito cristiano, questo *broad christian spirit*, che ha fatto tanto parlare di sè in Vaticano in questi ultimi tempi e che è come l'elemento temperatore di quella giovane democrazia (2). La stessa classe agricola dei *farmers* ha coltura e coscienza dello stato e vera capacità politica, a differenza dei nostri coloni, viventi, specialmente nel mezzogiorno, come tribù africane, senza un raggio di vita intellettuale. « La gran forza dell'America, scrive Jannet, consiste nei suoi cinque milioni di famiglie di *farmers* o di piantatori che coltivano da sè i loro poderi. Come gli abitanti del Canadà, i *farmers* degli Stati Uniti sono di assai superiori ai contadini europei, per intelligenza generale, istruzione e dignità della vita. Nulla offende i viaggiatori americani più del metodo di vita, spesso esternamente sordido, dei coltivatori di Francia, di Italia e di Germania » (3).

E in questo grande oceano democratico rifluiscono le fiumane di viventi di tutte le nazioni, ma le nuove acque non alterano quelle del mare. Esso assimila tutto e quanto non può assimilare rigetta e circoscrive, come avviene pei cinesi. È un immenso alambicco, come dice uno scrittore americano, e la democrazia è il reagente sociale di tutta la materia greggia che le navi del mondo vi versano: la scuola comune è il suo principio *cristallizzatore* e la libertà intelligente è il prodotto ch'esso cerca di realizzare nel suo grande laboratorio (4).

Il *suffragio universale* per questa democrazia cosciente, uniforme e temperata, è il mezzo legittimo perchè essa compia nello Stato la sua funzione politica. È questa la principale differenza tra il suffragio universale funzionante in America e come funzionerebbe nella democrazia europea.

4. — Oltre ciò lo studioso delle istituzioni americane nota una spiccata tendenza a sempre più disciplinare, condizionare e determinare il suffragio universale. Alla famosa *colonizzazione elettorale*, per cui interi convogli ferroviari e stranieri, pur allora sbarcati, passavano attraverso le urne americane (5), ormai è sottentrato il sistema della *preventiva registrazione* in quasi

(1) Lo si legga nel JANNET, op. cit., p. 918.
(2) Lo JANNET, op. cit., p. 958, riporta il celebre ordine del giorno cristiano votato nel 3 luglio 1876 pel centenario dell'Unione.
(3) Op. cit., p. 943.
(4) DANIEL PIDGEN, cit. in JANNET, op. cit., p. 861.
(5) JANNET, op. cit., p. 612.

tre quarti degli Stati (1), con certo sistema di garantia legale per l'iscrizione come nella *Luisiana* e nel *Massachusetts* (2) anche pel modo di votazione coll'istituzione dei sorveglianti sotto la garanzia dei magistrati e col voto segreto del sistema cosidetto *australiano* (3) e con la introduzione del voto *limitato* e *cumulativo* per garantire le minoranze (4). E non è inutile osservare altresì che mentre nessuna condizione elettorale trovasi nelle più antiche costituzioni, come quelle del *Vermont* del 1793 e del *Massachusetts* del 1780, tra quelle che stabiliscono condizioni speciali si notano le più recenti, come quelle del *Tennesee* del 1870, della *Pensilvania* del 1873 e del *North Carolina* del 1876. E si aggiunga che la condizione di *buona condotta* è sottintesa in ogni legge e ben *diciassette costituzioni*, come nota il Bryce, dichiarano incapaci all'elettorato ed all'eleggibilità i condannati per *duello* (5).

5. — La vera disciplina però più che in questa crescente tendenza limitatrice del suffragio deve ravvisarsi nello spirito stesso della grande democrazia americana, dove l'antica fiamma del puritanismo britannico è ancor viva e vivo sempre il *common law*, generatore di diritti, presupposto della stessa costituzione federale (6) e nel tempo medesimo moderatore ed infrenatore di qualsiasi pericolosa intemperanza.

Questa società, scrive il Racioppi, citando un frase dello Spencer, meglio d'ogni altra ha inteso che *la diffusione del potere politico deve accompagnarsi alla limitazione delle funzioni pubbliche* (7); e il suo libro ne è una dimostrazione chiara ed esauriente.

Nè va trascurato il sentimento sempre crescente di rafforzamento del cosiddetto principio d'autorità (frase tanto sciupata fra noi), sia per l'estensione dell'esecutivo, sia per la limitazione del legislativo e più ancora per la sovranità popolare trasportata nelle decisioni delle supreme Corti giudiziarie come vedremo. Un viaggiatore inglese, il Dixon, già notava fin dal 1867 « che colà gli infimi ufficiali di giustizia assumono un contegno quale da noi non oserebbe un nobile e gli americani tollerano con la maggior pazienza tale orgoglio perchè ravvisano in lui un rappresentante della legge (8) ».

Certo le grandi piaghe di quella democrazia sono la *macchina del partito* e il *politician*, per cui l'una crea una vera

(1) RACIOPPI, *Nuovi limiti e freni nelle istit. pol. am.*, 89.
(2) RACIOPPI, op. cit., p. 91 a 94.
(3) RACIOPPI, op. cit., tutta la sez. III del cap. III.
(4) RACIOPPI, op. cit., la sez. IV del cap. III.
(5) Op. cit., p. 1028 e nota.
(6) Il IX e X Emendamento alla Costitut. feder. dichiarano espressamente che l'enumerazione di alcuni diritti fatta nella Costituzione non deve intendersi in guisa da negare gli altri ritenuti dal popolo e che i poteri non delegati all'*Unione* nè proibiti agli *Stati* sono riservati rispettivamente agli *Stati* e al *popolo* stesso (RACIOPPI, op. cit., p. 23 e cfr. p. 7).
(7) Op. cit., p. 365.
(8) Cit. dal JANNET, op. cit., p. 582.

oligarchia dispotica, da giustificare la vecchia satira di Edgardo Poe (1) e l'altro sostituisce l'affarismo cinico e la simonia dei pubblici uffici alla volontà popolare da giustificare la volgare figura di *Steadfast Dodge* di Finamore Cooper (2) ed i tipi creati da Gayarre (3) e da altri umoristi americani (4). Pure non bisogna sconvenire che si è solleciti colà d'infrenare sempre più l'attività malefica del *boss* e del *politician* come ne possono far fede la legge *Pendleton* del 16 gennaio 1883, che disciplina la nomina degl'impiegati civili ed attenua lo *spoil sistem* (5), e tutte le penalità, di che sono disseminate le leggi degli stati. D'altra parte giova riflettere che l'organizzazione strettissima di partito è in certo modo necessaria perchè la volontà popolare sia diretta, altrimenti atomizzata e polverizzata, resterebbe schiava del primo nucleo che fosse più strettamente disciplinato. Se non che quest'organizzazione dev'essere la schietta rappresentanza della volontà degli elettori del partito. Ecco perchè, seguendo un suggerimento del Seaman, si sono estese per legge ai *causes* ed alle *convenzioni di partito* le stesse garantie che il legislatore ordina per difendere la purità delle elezioni pubbliche (6).

L'opinione pubblica, ch'è la grande forza di quel paese, arrivando a limitare sempre più l'opera del politicante ed a rendere sempre più schiette le designazioni dell'assemblea primaria (*primary meeting*), dove è la vera radice del bene e del male, potrà creare quella vera *classe dirigente artificiale* della democrazia americana, che il Tocqueville vedeva nei giuristi di quella società (7), ma che manca ora dopo l'elezione dei giudici estesa quasi dappertutto; per cui il *suffragio universale* rispetto alle elezioni pubbliche funzionerà come il *referendum* rispetto agli *emendamenti costituzionali* elaborati dalle *convenzioni*, dove piglian parte i migliori e più competenti che sogliono rifuggire dalle ordinarie *legislature* del paese. Ecco in pratica a che si riduce ormai questo famoso *suffragio universale* nell'Unione americana.

6. — Ma la differenza profonda tra l'America e l'Europa nella concezione del *suffragio universale* è essenzialmente nella sua

---

(1) L'umorista americano, giudicando la condizione a cui fu tratta l'America dal suffragio universale, dice di aver visto tutti gli Stati « cedere in breve al dispotismo più odioso ed insopportabile che immaginar si possa. Io chiesi qual tiranno avesse usurpato il potere. Per quanto il mio interlocutore potè ricordarselo, il suo nome era *Mob* (la plebe) ».

(2) È il tipo di *politician* ritratto dall'illustre romanziere nel suo *Paquebot*. È nel tempo stesso avvocato di villaggio, giornalista ed organizzatore di società politiche. Suo scopo è il comando nel villaggio; suo sentimento l'odio delle persone ricche, sennate e per bene.

(3) È una commedia aristofanesca intitolata *The school for politics* ed una splendida scena è riportata dal JANNET, op. cit., p. 625.

(4) Due graziosi romanzi americani che han fatto rumore nel mondo politico sono stati tradotti in francese sotto il titolo di *Democrazia*, (Parigi, Plon, 1883) e *Fra due presidenti* (Paris, Colman Levy, 1886).

(5) RACIOPPI, op. cit., p. 276 e seg.

(6) Id., op. cit., p. 83 e seg.

(7) *La dem. in Amer.*, in *Bibl. sc. pol.*, vol. I, parte II, p. 263.

base giuridica. I nostri sostenitori la trovano nel *diritto naturale*, per cui ogni cittadino, come tale, ha il diritto del suffragio, mentre in America si distingue nettamente la *libertà civile* dalla *politica* (1) ed il gran maestro del giure americano, il Cooley, ha pagine splendide, con richiamo di giureprudenza della Corte Suprema, per dimostrare che per loro il suffragio è diritto essenzialmente *politico* e non *naturale* (2). E vero che, specialmente per gli Stati del Nord, il diritto al suffragio universale, *storicamente*, ha quasi una base naturale, inquantochè anche sotto il regime coloniale, il *town-meeting* era rappresentato da *tutti* gli abitanti dei *townships*, radunantesi intorno alla chiesa, entro la siepe e lo stecconato (*tun*), per discutere e designare i magistrati della municipalità; ma tale privilegio non si fonda già sulla condizione di *uomo*, ma sulla speciale condizione storica dei primi puritani, che pel governo delle cose temporali si modellavano sulla *vestry-meeting* della parrocchia britannica, dove *tutti i parrocchiani* direttamente intervenivano (3).

Ed un'altra profonda differenza va infine notata, ed è questa, che mentre da noi generalmente si ritiene che l'elettorato sia *designazione di capacità*, in America è domma costituzionale indiscusso ch'esso sia invece *rappresentanza* o *delegazione* di *facoltà* e di *funzioni;* ed è su questo pernio che gira e si muove tutto il meccanismo costituzionale e tutta la dottrina politica di quel paese e specialmente quel grande istituto del potere giudiziario americano, vero e diretto rappresentante della sovranità popolare, donde la potenza sua in materia di controllo legislativo (4).

7. — Ma una differenza marcatissima è da notare tra l'estensione dell'attività dello Stato americano, entro la sfera di quella vita sociale e l'estensione stessa nella vita delle società europee. In Europa, avezzi a concepire lo Stato come un organismo sempre crescente di funzioni, che differenziandosi, s'integrano sempre più, arriviamo a preoccupare e aduggiare tutta l'attività sociale; talchè pochissime possono dirsi le sue branche non disciplinate dalla coazione statale. Per noi la finalità dello stato moderno non è solo la *tutela giuridica*, ma la promozione della coltura e del benessere generale; ed appena slargata che fosse nel campo economico ci troveremmo in pieno *socialismo di stato.* È così che la vita politica, coi suoi mille tentacoli, investe tutte le intime fibre del corpo sociale; ed ogni oscillazione di quella si ripercuote in que-

---

(1) COOLEY, *Princ. gen. di dir. costituz. negli St. Un. d'Amer.*, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 422.

(2) Op. cit., p. 439 e seg. Si consulti pure BOUTMY, op. cit., in *Bibl.* cit., p. 187 e JANNET, op. cit. ivi, p. 579, che riporta la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 4 ottobre 1875, con cui, respingendosi un reclamo per l'estensione del suffragio anche alle donne, si afferma che la Costituzione federale non ha mai proclamato il *suffragio universale*.

(3) Oltre le opere citate dal RACIOPPI in nota a pag. 10 si possono consultare CLAUDIO JANNET, op. cit., p. 539 e seg.; e per ciò che concerne la *vestry* si possono utilmente consultare l'ARMINJON e più ancora il WAUTHIER e il BERTOLINI.

(4) RACIOPPI, op. cit., p. 198.

sto, ed ogni cangiamento di governo è cangiamento o spostamento di condizione di vita sociale. Non mai fu così vera come per noialtri la dottrina del Loria che ogni mutamento costituzionale è l'effetto d'un corrispondente cangiamento economico (1). Anzi, ben riflettendo, per le reali condizioni della vita parlamentare degli stati europei, nella pratica avviene spesso il contrario. Imperocchè non è per lo più il mutamento della vita sociale che determina quello dell'assetto politico; ma è l'artificiale determinazione di questo che forza il cangiamento di quella. E per vero il governo di gabinetto (*elemento statale*) dovrebbe oscillare sincronamente alle oscillazioni delle maggioranze parlamentari, che alla lor volta dovrebbero rispondere alla gran voce del paese (*elemento sociale*). Pel falso funzionamento dei partiti, invece, o meglio pel *gruppismo personale*, sostituito all'antico meccanismo dei partiti *obbiettivi* (ch'è il presupposto del governo di gabinetto), la vita dei parlamenti non oscilla più sincronamente a quella sociale del paese; ma essi vivono una vita che il corpo sociale più non intende. Così il gabinetto non vive più per funzionare, ma funziona per vivere, e la sua vita risponde al gioco dei *gruppi*, escrescenze artificiali o funghi della nostra vita parlamentare. Avviene per tal modo che non è più il corpo sociale che, alitando nell'organismo giuridico del governo, fa scorrere nel quadrante politico l'indice di questo come il bisogno sociale suggerisce; ma avviene l'opposto: è il governo, che mosso da falsi manubri, dirige l'indice politico, senza riguardo al bisogno sociale. Ed una siffatta disintegrazione è assai stridente, perturbatrice e malefica dove lo Stato, come in Europa, pervade, come dicemmo, tutta quanta la vita sociale.

Ciò posto ognuno vedrà che il *suffragio universale* applicato ad una macchina statale così intimamente connessa col corpo sociale non influisce soltanto su quella, ma ancora e fortemente su questo. Insomma la democrazia europea, col suffragio universale, agirebbe potentemente su tutta la nostra società moderna, ed ogni straripamento demagogico riuscirebbe fatale all'intima costituzione del nostro corpo sociale. Gli è per questo che il legislatore è sempre preoccupato per ogni nuovo avvento o conquista democratica, costando assai caro alla ordinaria vita sociale l'esperimento del potere politico per parte di classi, dell'esperienza delle quali non si è sicuri abbastanza e si guardano con ingiustificati sospetti; mentre dovrebbero elevarsi gradatamente al potere politico, per evitare scoppii fatali e conflitti pericolosi.

In America invece questa preoccupazione non esiste per la concezione stessa dello Stato e per la sua effettiva estensione sul corpo sociale. Ivi il concetto spenceriano del *minimo di governo* (2) è tradotto in atto nella forma più classica. Il Racioppi

---

(1) *La teoria economica della costituzione politica*. Notisi specialmente tutto il cap. IV.
(2) *Essais de politique*, I, IV e VI, p. 1, 105 e 225.

ricorda assai opportunamente un documento ufficiale, dove è detto che un tratto notevole della società americana trovasi nella riduzione dei poteri del governo al *minimo possibile* e ricorda altresì la costituzione dello Stato di *Alabama* del 1875 dove è scritto che «*l'unico* scopo *legittimo* del governo è di *proteggere* i cittadini nel godimento della vita, della libertà e della proprietà (*tutela giuridica*); e quando il governo assume altre funzioni diventa *usurpatore* » (1). E poteva il Racioppi aggiungere che in molte altre costituzioni, come ad esempio quella della Luisiana del 1879, trovansi integralmente ripetute le stesse parole. E lo Jannet riporta le parole di Orazio Seymour, uno dei più notevoli uomini politici contemporanei degli Stati Uniti, per mostrare quanta attività sociale sia colà sottratta alle perturbazioni degli uragani politici: dalla vita delle chiese a quella degli atenei, e da questa a quella della pubblica beneficenza. « Le nostre chiese, egli scriveva nel 1882, i nostri collegi e le nostre opere di carità sono la base della nostra organizzazione pubblica e sociale. La loro influenza è suprema; è la salvaguardia della società » (2).

Qui non è il caso di discutere quale concezione dello Stato sia migliore e se sia possibile nelle nostre società averla altrimenti di quella che la si è venuta formando, date le stridenti iniquità di classi, che han bisogno di forti coazioni per essere cancellate. Ma (checchè sia di ciò) qui basta constatare la diversa concezione e la pratica politica diversa per spiegarci la differenza enorme tra l'applicazione del suffragio universale in America e nei nostri stati parlamentari. Solo così può comprendersi come quella democrazia abbia superata la crisi del 1876, quando sotto l'ombra di Grand si affacciava il peggiore dei cesarismi demagogici che la storia potesse segnalare e la procella di fango raggiunse fin le alte vette della Corte Suprema col famoso lodo del *tribunale del compromesso*, che proclamando la vittoria di Hayes pareva proclamasse la fine del regime repubblicano. Eppure il *governo legale*, inaugurato da questo usurpatore consacrato, fece tutto dimenticare e il corpo sociale parve non accorgersi troppo di questa acuta e violenta crisi spasmodica, che convelleva il corpo politico. La storia di Francia c'insegna invece che colà ogni leggiero titillamento politico storce talmente la vita sociale da veder le sue cento costituzioni frantumate come giocattoli di terra cotta sotto le mani d'un bimbo incollerito.

8. — Ed a proposito di *governo legale* instaurato dall'Hayes non bisogna trascurare la tendenza americana ad estenderlo sempre più, anche a quel *minimo di governo*, che sopporta la vita di quel paese, e che fu mirabilmente se non *determinata* certo intuita dal Lieber nel suo classico lavoro (3). Molti per

(1) Op. cit., p. 363 e 365.
(2) Op. cit. in *Bibl. sc. pol.* cit., p. 937.
(3) *La libertà civile e l'autogoverno*, specialmente nei cap. XVII e XXIII, in *Bibl. sc. pol.*, vol. V, p. 256, 290 e seg.

vero lo negano, come l'Artom (1), tratti dal veder scomparsa l'antica influenza della eletta società virginiana operante come la *gentry* inglese, ed alterata l'antica fisonomia della costituzione di Washington. Ma anzi tutto il vero concetto di *governo legale* non è ristretto all'influenza politica d'una certa classe socialmente influente, e poi l'influenza della società virginiana si limitò agli Stati del sud e non durò più di 40 anni, fenomeno ormai scomparso sotto la decisiva influenza democratica del nord. Il concetto di *governo legale* ha un contenuto più vasto e più mobile insieme, come quello che rispecchia non solo la compenetrazione dell'èlemento *sociale* nell'*elemento giuridico* dello Stato, ma, e principalmente, quella tendenza disciplinatrice di funzioni politiche, con determinazione sempre crescente di norme giuridiche ed estensione di guarantigie giurisdizionali a tutela non solo del diritto civile e di libertà, ma dei diritti pubblici subbiettivi e per un certo verso, dello stesso diritto pubblico obbiettivo di fronte all'azione dei funzionari dello Stato, quale che sia la forma in cui la stessa si esplica rispetto al cittadino. Sotto questo profilo il *governo legale* assume un aspetto diverso secondo le società politiche nelle quali sorge (2). Gli scrittori del *governo legale* non si occupano dell'America; eppure ao uno studio diligente non deve sfuggire la tendenza di quella vita giuridico-politica ad un assetto sempre più sicuro di governo legale. Già tutto quel progressivo estendersi di limitazioni e di freni agl'istituti ed alle pubbliche funzioni che altro è mai se non il governo della legge sostituito al potere discrezionale ed all'onnipotenza delle assemblee? E la stessa potestà costituzionale delle Corti, tutta peculiare allo Stato americano, che altro è mai se non la suprema giurisdizione infrenatrice dei poteri in nome dell'autorità della legge? L'Adams scriveva a John Taylor: « Il sistema complicato e delicato di contrappesi è una vera invenzione nostra, peculiare a questo paese » (3).

Il Cooley nota assai opportunamente che se colà « i membri del legislativo non sono direttamente responsabili per eccesso di autorità costituzionale, lo sono però gli agenti e i funzionari mediante i quali opera la legislatura » (4); come nota pure che la responsabilità dei funzionari sorge sempre che vi sia nell'atto loro *eccesso di potere* o *incompetenza,* nel senso che noi l'intendiamo (5). E non va trascurato che in molte costituzioni, come ad es. in quelle della *California,* è espressamente concessa azione « per prevenire o sopprimere qualche impedimento alla pubblica circolazione o al pubblico benessere » (6) e che fin dal 1855 fu

(1) Introduzione allo GNEIST, op. cit. in seguito p. 1121.

(2) GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto e la giustizia nell'amm.*, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VII, 1157, 1164 e 1201. — OLIVIERO, *Il concetto integrale dello Stato secondo il diritto*, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VII, p. 225 e seg.

(3) Cit. dal COOLEY, op. cit., in *Bibl. sc. pol.*, loc. cit., p. 363.

(4) Op. cit., p. 373.

(5) Op. cit., p. 374.

(6) Art. 6 sez. 4, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 1049. È il sistema della competenza

creata la *Corte dei reclami* con lo speciale intento di dare un giudice a tutte le doglianze dei cittadini contro l'Unione sopra questioni sorgenti fra l'altro da *atti del governo* (1).

Oltre le leggi sulle *assemblee primarie* e quella *Pedleton* sulla *nomina degli impiegati civili*, alle quali accennammo, di moltissime altre leggi ed azioni potremmo far menzione se volessimo uscire dai limiti propri di questo lavoro. Ma non possiamo chiudere questo paragrafo senza far cenno della clausola contenuta nell'art. 2.° della costituzione federale per cui « nessuno Stato può far legge *che scemi la forza delle obbligazioni derivanti dai contratti* ». L'onnipotenza legislativa dei Parlamenti nostri può infrangere anche legittime contrattazioni e non v'è caso di responsabilità dello Stato, come si trattasse di caso fortuito. Vige ancora infatti nel nostro diritto la massima del regime assoluto formulata dalla Rota fiorentina: « *fortuito casu potius referendum est et assimilandum fulguri vel tempestati, sive inundationi, aut incendio, aliisque similibus casibus ob quod fidei violatio sequi non dicitur* » (2). E gli scrittori e la giurisprudenza non dubitano di questa *onnipotenza del male* delle nostre assemblee parlamentari (3).

Nè si può fare distinzione tra atto legislativo e atto costituzionale, per lo stesso modo ordinario con cui i Parlamenti nostri esercitano la *funzione costituente* senza speciali garantie (4); e nemmeno tra *vero atto legislativo* (contenente dichiarazione di norma giuridica) e *atto legislativo improprio* (contenente un vero provvedimento amministrativo) (5).

Almeno in Inghilterra i *bills privati* sono come vere *decisioni* di contese emanate dal Parlamento, con tutte le guarantigie d'un potere giudiziario (6). Così non solo da noi non v'è alcuna guarantigia contro l'atto legislativo che viola lo statuto (7); ma nemmeno contro il provvedimento della Camera che abbia indole puramente amministrativa.

Dopo ciò veggasi tutta l'importanza della clausola della costituzione americana, il cui principio fu fortemente esteso da una decisione della Corte suprema riportata dal Sumner Maine, il quale dopo averla additata agli stranieri aggiunge: « Ma sopra-

---

delle Corti semestrali dei giudici di pace inglesi per le cosiddette *nuissances*. Dell'applicazione del sistema da noi mi occupai assai largamente nella conferenza tenuta nel Circolo giuridico di Napoli, dal titolo *La Giunta amministrativa e le sue riforme* (*Foro napoletano*, 1899, II).

(1) Racioppi, op. cit., p. 343.

(2) Artimini, s. 2.ª, t. V, p. 612.

(3) Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, I, 122-125; IV, 203-206 e *Teoria delle obblig.*, V, 18 e seg. — Orlando, *Princ. di dir. amm.*, n. 265, p. 361, ecc.

(4) Jona, *La riforma delle leggi costituzionali*, pag. 131.

(5) Orlando, *Studi giuridici sul gov. parlam.*, p. 31 e 47. — Ugo, *Sulle leggi incostituzionali*, cit. dall'Orlando, *Dir. costit.*, p. 124.

(6) Erskine May, *Leggi, privilegi, procedura e consuetudini nel Parlam. inglese*, cap. XXVI, in *Bibl. sc. pol.*, vol. IV, parte I, p. 659 e seg. e Todd, *Gov. parlam.*, in *Bibl.* cit., vol. III, p. 893 in rapporto al *Gabinetto*.

(7) Orlando, *Teoria giur. delle guarentigie della libertà*, cap. II, §§ 1.°, 2.° e 3.°, in *Bibl. sc. pol.*, V, 943 e seg.

tutto è stata quella stipulazione proibitiva che ha realmente assicurato libero campo alle forze economiche, grazie alle quali si è giunti a dissodare il suolo del continente nord americano; ed è eziandio quella norma che serve veramente di baluardo all'individualismo americano contro l'impazienza democratica e contro i sogni del socialismo » (1). Lo Sterne però che studia le pratiche efficienze della clausola fa giustamente notare che la limitazione ha luogo fino a tanto che non si è di fronte ad un atto connesso all'*autorità di polizia* (atto di governo) o alla condizione degl' impiegati dello Stato o quando fu espressamente riservato allo Stato il diritto di revoca e che non va punto esteso alle assemblee locali (2).

Ed a ciò bisogna aggiungere la crescente tendenza, come dice il Burgess « alla centralizzazione legislativa ed alla federalizzazione amministrativa » (3) che se non arriva all'ideale del *decentramento autarchico* come lo concepisce la dottrina moderna (4) (e non v'è Stato che lo raggiunga) pure, senza scendere in particolari, il fatto stesso della libertà di scegliersi una costituzione comunale a città o a borgo data ai centri locali con l'*opzione locale* (5), la proibizione alle assemblee legislative di votare leggi d'indole locale (6) e il potere dei giudici di pace da soli o in sessione rispetto agli atti amministrativi (7) sono degni della maggior considerazione (8) come completanti quel sistema di *governo giuridico* che abbiamo segnalato.

A noi basta l'aver segnalati questi fatti e queste tendenze per mostrare che il suffragio universale, come funzione politica di quella democrazia, è costretto ad agire in un ambiente, dove le limitazioni giuridiche degli organi e delle funzioni, ai quali esso dà vita, riescono altrettanti limitazioni al governo della stessa democrazia, di cui il *suffragio universale* stesso è mezzo costituzionale di ordinaria funzione.

9. — Accennate per tal modo sommariamente alle profonde differenze tra le due concezioni del suffragio universale, appariranno assai inopportune sia le profezie del Macaulay, che tanto impressionarono il nostro buon Palma, che al XX secolo cioè, o un Cesare o l'atomismo avrebbe frantumata la repubblica (9); sia le parole di Spencer circa l'assenza di libertà in quel reggimento di uomini che obbediscono alla parola del comando come facevano i servitori degli antichi nobili feudali (10). Dopo gli studi coscienziosi del Jannet,

---

(1) Op. cit., in *Bibl.* cit., p. 257.
(2) *Storia costituzionale e sviluppo politico degli St. Un.*, cap. II, in *Bibl.* cit., p. 23.
(3) *Political science*, cit. dal Racioppi, op. cit., p. 364.
(4) Ferraris, *Teoria del decentram. amm.* p. 21 e seg.
(5) Racioppi, op. cit., p. 228 e seg.
(6) Racioppi, op. cit., p. 134 e seg.
(7) Jannet, op. cit., parte I, cap. XVII, § 2, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 740 e 754.
(8) Lieber, op. cit., dal cap. XXVI al XXXIV, in *Bibl.* cit., p. 341 e seg., dove è uno studio accurato delle libertà istituzionali americane.
(9) *Le Costituz. moderne*, in *Bibl. sc. pol.*, serie 2.ª, vol. II, p. 55.
(10) *The Americans*, cit. dal Palma, ivi p. 56.

del Bryce, del Laveleye (1) e del nostro Racioppi, che sorpresero la crescente tendenza limitatrice e raffrenatrice di sè stessa della grande democrazia americana, si può concludere con quest'ultimo che « restringere il suffragio universale sarebbe ormai più piccola impresa che ritorcere il corso del Mississippi verso gli alti pianori onde ha origine » (2). « Ma (scrive il Sumner Maine) le precauzioni della costituzione hanno per di lei vantaggio tenuto luogo di quelle immense dighe, che colpiscono gli occhi del viaggiatore che discende il Reno e che contengono le acque del potente fiume, il cui corso, formato in principio da torrenti di montagna, finisce per divenire una delle più regolari vie fluviali del mondo » (3).

Gli è che nei nostri Stati parlamentari e nelle nostre democrazie europee mancano queste dighe perchè si possa a cuor leggiero lanciare sulle nostre terre il gran fiume del suffragio universale e i torbidi torrenti balzanti dai fianchi delle nuovissime classi sociali anelanti al potere. Ma appunto per ciò gli operai del diritto debbono saper creare a tempo le provvide dighe, acciò, nel giorno della piena, questa non trabocchi e dilaghi.

II.

Come funzione costituzionale.

10. — *Rispetto al legislativo.* Avvezzi al concetto dell'*onnipotenza parlamentare*, noi, come gl'inglesi, non concepiamo una *funzione costituente* separata, per organi e procedura, dalla ordinaria funzione legislativa (4). Di qui il pericolo che il nostro *feticismo parlamentare* potesse gittare gabinetto, amministrazione e statuto in balìa alle classi più larghe, ma meno colte del paese, le quante volte negli Stati nostri fosse adottato d'un tratto, senza preparazione e senza limiti, il *suffragio universale*.

In America tutto ciò non è possibile perchè la funzione costituente è sottratta al legislativo e affidata ad una speciale *Convenzione*, composta di giuristi e dei migliori del paese (5), nominata direttamente dal popolo, il quale accetta o respinge, parte a parte, il progetto elaborato o gli emendamenti, col metodo del suffragio universale. Ma non è facile colà, come pei nostri parlamenti, modificare una costituzione. Per quella dei singoli Stati, sebbene non uniforme sia il metodo, generalmente occorre o una doppia votazione della legislatura o una votazione a $^3/_4$ di mag-

---

(1) *Le Gouvernement de la Democratie*, vol. I e II *passim*, cit. dal PALMA ivi.
(2) Op. cit., p. 362.
(3) Op. cit. p. 256.
(4) JONA, op. cit., p. 131 e seg.
(5) « Le convenzioni costituzionali al contrario (scrive il RACIOPPI citando il BRYCE) sogliono riuscire assai meglio composte. Uomini capaci ed indipendenti che sdegnerebbero un seggio nella Legislatura partecipano di buon grado all'opera di quel tranquillo comitato di studiosi » (op. cit., p. 200).

gioranza per interrogare il popolo *se creda conveniente* convocare una *Convenzione*, che poi elabori il *progetto* (1). Per mutare la costituzione federale poi occorre seguire tutta la difficile procedura dell'art. 5 della costituzione stessa a proposito della quale il Sumner-Maine scriveva: « che perchè una misura costituzionale dell'importanza del *bill* inglese *sull'affrancamento delle contee* possa addivenire legge dello Stato, bisogna (in America) che esso abbia voto favorevole almeno da 58 Camere legislative distinte, indipendentemente dalla legislatura federale, dove la misura deve ottenere ancora una doppia maggioranza dei due terzi » (2).

Altro che la procedura affrettata delle nostre assemblee per cui « l'Italia (come scriveva argutamente il Jona) potrebbe svegliarsi un bel mattino e trovarsi ad avere un Senato da eleggere al posto di quello di nomina regia, e tutto ciò per tranquillo accordo fra il Senato modificando e la Camera dei deputati » (3). E poichè il *veto regio* è ormai tra i nostri ferri vecchi potrebbe anche trovarsi da eleggere un presidente della repubblica, senza che il paese se ne impicciasse punto.

11. — Così il potere legislativo ordinario riceve una prima limitazione oltre che nella costituzione federale, nelle stesse costituzioni degli Stati che, per una crescente tendenza alla prolissità, invadono non solo l'ordinario campo della legislazione, ma financo quello regolamentare (4). Ma altre limitazioni notano gli scrittori, sia nel divieto di far leggi speciali e locali, sia per la facoltà d'imporre tributi e di far debiti (5). Le stesse sessioni biennali ristrette dai 20 ai 90 giorni, per cui i deputati funzionano una volta sola e la stessa procedura adottata pei *bills* dei comitati speciali e la difficoltà di condurli a porto e la maggioranza dei $^3/_5$ richiesta in alcuni Stati per la votazione di spese e il sistema del *referendum* per materie (6) riescono altrettanti limiti gelosi al potere dei parlamenti. E si aggiunga l'istituto del *veto* che il presidente della repubblica, i governatori degli Stati (7) e gli stessi *Mayors* delle città non lasciano punto irrugginire nelle loro mani, come quello dei monarchi degli Stati parlamentari e dello stesso presidente della repubblica francese (8). Invece colà ciò che si è irrugginito nelle mani delle as-

---

(1) Pei particolari assai interessanti sulle diverse procedure si consulti il BRYCE, op. cit., vol. II, cap. XXXVII.
(2) Op. cit., in *Bibl.* cit., p. 254.
(3) Op. cit., p. 145.
(4) RACIOPPI, op. cit., p. 195.
(5) Idem, op. cit., cap. IV, sez. II e III.
(6) *Creazione di Banche, franchigia elettorale, finanza e mutazione di circoscrizione elettorale.* Per tutta questa parte la più chiara esposizione è sempre quella del RACIOPPI, op. cit., p. 167 e seg.
(7) Solo nel Nord Carolina, nell'Ohio e nel Rhode Island non c'è veto.
(8) Nessun presidente della *Terza Repubblica* ha mai avuto la forza d'esperimentare il suo diritto, pur così innocuo, di chiedere al Corpo legislativo una seconda deliberazione sopra un disegno di legge rimessogli da quello (DUPRIER, *Les ministres dans le principaux pays*, cit. dal RACIOPPI, op. cit., p. 328).

semblee è l'istituto dell'*over ruled* (1). La tendenza del *veto* americano, per contrario, si accentua sempre più ed in ragione diretta dell'estendersi del suffragio universale (2). Così il freno cresce col crescere della forza.

Per tal modo il potere parlamentare americano è stretto, oltre che dalla costituzione federale; dalle prolisse costituzioni degli Stati da un lato, dalle materie legislative ad esso sottratte dall'altro, dal *veto* del potere esecutivo per un verso e dal *referendum* popolare per l'altro. Nè questo è meno conservatore dell'esecutivo, e con la tendenza al rifiuto delle maggiori spese ha dimostrato sentimenti, dei quali, per ripetere le parole del Laveleye (3), un economista non può biasimarli: così riesce vero che la sola estrema democrazia, come scriveva il Tocqueville, può prevenire i mali del regime democratico (4).

Il suffragio universale adunque, se crea i parlamenti, non è padre di *onnipotenti*, come addiverrebbe nei nostri Stati oligarchici ove mai fosse introdotto senza limiti e senza corrispondenti ed armoniche riforme nelle altre parti dei nostri istituti.

12. — *Rispetto all'esecutivo.* Il concetto d'un potere esecutivo, creato dal suffragio universale, è d'origine tedesca, sulla cui costituzione studiarono non poco i legislatori degli Stati Uniti, come appare evidentemente dal *Federalist*, ch'è il più largo autentico commento alla costituzione americana (5). Di qui quella forza d'autorità che dal presidente della repubblica scende ai governatori ed ai *Mayors*. Così il suffragio universale dal 1885 in poi in quasi tutti gli Stati crea il potere esecutivo; ma l'autorità gli viene dall'ufficio e dalla legge. Oramai il concetto della *piena libertà* dell'agente esecutivo entro la sfera della legge e la sua *piena responsabilità* (effettiva non come quella *ministeriale* d'Italia) trionfa non solo negli Stati, ma specialmente nel governo locale, dove l'*assemblea* (sistema del *corporat municipal*) tende a scomparire e sottentra l'agente unico (sistema a *touns*) responsabile degl'impiegati, che nomina, ed egli e gli altri degli atti che rispettivamente compiono, con azione popolare e giudizio di Corti. É « l'*idea di Brooklyn* » che da questa città si estende a New-Jork, a Filadelfia, a Quincy ed a Washinghton, dove gli agenti sono tre, uno militare e due civili, e questi hanno l'obbligo di versare una cauzione di 250 mila lire: sono nominati dal presidente degli Stati Uniti e presentano i conti al congresso e di loro si può dire ciò che il Laveleye diceva del Mayor di New-Jork che per avere un concetto dei loro poteri bisogna ricordare quelli dello czar di tutte le Russie (6).

Questa tendenza alla dittatura temporanea nell'esecutivo del

---

(1) Mason cit. dal Racioppi, op. cit., p. 254.
(2) Le assemblee alla maggioranza dei due terzi possono annullare il veto; ma ormai questa facoltà è caduta in desuetudine. Racioppi, op. cit., p. 255.
(3) Op. cit., vol. II, p. 164.
(4) Cit. dal Racioppi, op. cit., p. 223.
(5) Sumner-Maine, op. cit., parte IV, in *Bibl.* cit., p. 259 e 260.
(6) Op. cit., vol. I. p. 98, in Racioppi, op. cit., p. 284.

governo locale e questo rafforzamento dell'esecutivo negli Stati è proprio un carattere dell'ultimo periodo dell'evoluzione politica americana, in cui alla limitazione del legislativo ed al rafforzamento dell'esecutivo si unisce l'imperio della suprema potestà giudiziaria, come osservava Orazio Davis (1).

13. — Fu cura dei legislatori di mantenere i rappresentanti del potere esecutivo fuori delle assemblee perchè *non fossero gittati vivi in pasto alle murene*, come osservava uno scrittore francese (2). Ma le murene non perciò rinunziano a stringerli nelle loro spire, mediante i *due* comitati delle *entrate nazionali* e dei *venti* comitati delle *spese*, i *Chairmen* dei quali, padroni della borsa, a contatto con l'esecutivo, hanno tutta l'aria di *ventidue ministri* tra senatori e deputati. Innanzi a loro le amministrazioni tremano, i segretari di Stato sono in condizione di dipendenti funzionari ed il loro potere è tanto più pernicioso in quanto è coperto e irresponsabile (3). Fu tentata perciò l'introduzione dei ministri nella Camera, ma non riuscì, temendosi un indebolimento dell'esecutivo (4). La forza di questo peraltro è nella legge, nella libertà e responsabilità sua, e, più ancora, nel carattere personale degli agenti stessi. Solo così questa temuta invasione del legislativo non è arrivata colà a flettere l'alta autorità dell'esecutivo creata dal suffragio universale e sorretta dalla sovranità popolare, che gli porge continuamente, con l'elezione, il soffio di nuove e fresche correnti di vita politica.

14. — Altro pericolo dell'invasione del legislativo nell'esecutivo sta nella facoltà di nomina dell'impiegati, che il presidente e i governatori esercitano insieme ai Senati o Consiglio esecutivo, dove esiste. Di qui quello *spoil sistem*, che il Chombrun arriva sinanco a giustificare (5) e che, a mezzo della pratica imperante della *cortesia del Senato* (6), corrode la funzione più delicata del potere esecutivo. Ma anche per questa parte la tendenza alla limitazione legale, inaugurata con la legge *Pendleton* menzionata, strapperà a poco a poco ai *boss* americani la *preda bellica*, come sogliono chiamarla colà, delle battaglie elettorali. Per tal modo il suffragio universale se crea il potere esecutivo crea però un' autorità forte, che nè potrà esser dominata dalla piazza nè trascendere nel dispostismo ministeriale e burocratico dei funzionari francesi ed italiani.

15. — *Rispetto al giudiziario.* Il concetto costituzionale circa il potere giudiziario in America è questo: ch'esso sia il depositario della volontà popolare e la tuteli e la difenda dalle invasioni e violazioni degli organi legislativi ed esecutivi d'ogni sin-

---

(1) Op. cit., cap. V, in *Bibl.* cit., p. 151.
(2) Desplaces, *Senats et Chambres hautes*, p. 406, in Racioppi, op. cit., p. 318.
(3) Racioppi, op. cit., p. 309.
(4) Il *bill* di Pedleton del 1879 e 1881, per quanto favorevolmente accolto, naufragò. Vedasi Racioppi, op. cit., p. 316.
(5) Op. cit., p. 258, in Racioppi, op. cit., p. 269.
(6) Per essi il presidente o governatore deve nominare in uno Stato o nel dipartimento quelli additati dai senatori di questo Stato o dipartimento.

golo Stato e dai funzionari dell'Unione, nonchè dagli attacchi di ogni altro privato. E poichè la volontà popolare è concretata per via diretta nelle costituzioni e per via di delegati nelle leggi ordinarie, è da questa fonte che viene al potere giudiziario la potestà d'applicare le leggi al caso concreto dedotto dai litiganti. Concepire altrimenti il potere giudiziario in America è smarrire la chiave, che apre la porta di tutti gli altri istituti.

Nè d'altra parte questo alto potere delle Corti è nato interamente dalle menti dei legislatori americani. Orazio Davis opportunamente ricorda due interessanti scritti di Dicey e di Brooks Adams del 1884, coi quali fu dimostrato che la funzione non era sconosciuta ai tempi del regime coloniale e che storicamente si connette all'attuale (1).

Ma quanta via non ha percorso da allora sino ad oggi? Mentre apparentemente le costituzioni restano le stesse, non solo i Senati da Consigli di Stato si trasformano in vere Camere legislative e le Camere popolari scemano sempre più la loro potenza originaria (2), ma lo stesso potere giudiziario si trasforma, trasformando l'intera fisonomia del governo (3), mercè il suo lento ma costante potere d'interprete delle leggi e delle costituzioni; talchè le sue decisioni più importanti sono altrettante evoluzioni o pietre miliarie del diritto costituzionale americano.

16. — Ma l'estensione sempre maggiore del suffragio universale e lo stesso concetto di *delegazione* di potere popolare, ch'è il presupposto d'ogni pubblica funzione, ha fatto sì che esso abbia investito anche la nomina dei giudici. E per vero, tranne i giudici della Corte Suprema dell'Unione, nominati a vita dal Presidente, e se si eccettua il *Delaware*, la *Florida*, la *Luisiana*, il *Massachusetts*, il *Missisipi* e il *New Hampshire*, dove i giudici sono nominati dal governatore, col consenso del Senato, e il *Connecticut*, il *Rhode Island* e la *Virginia*, dove la nomina è deferita alla legislatura, in tutti i rimanenti Stati è il suffragio universale che crea i giudici e, tranne cinque Stati soltanto in cui la funzione è a vita e in uno (la Pensilvania) per 21 anni, negli altri si varia da un minimo di sei a un massimo di dodici, essendovi il solo *Maine* che lo limita a quattro e il *Maryland* che l'estende a 15. Per la rimozione in alcuni Stati basta un decreto del governatore col voto dei due terzi di amendue le Camere, ma in altri occorre un formale giudizio ed accusa (*impeachment*).

17. — E questo certamente l'aspetto meno simpatico e più pericoloso del suffragio universale, come funzione costituzionale negli Stati Uniti. Può sorgere così il fenomeno di un'associazione di malfattori che rimanga impunita perchè nomina a giudici gli stessi malfattori, come si avverò per la *Molly Maguire* (4); o d'un corpo

---

(1) Op. cit., parte I, cap. V, in *Bibl. di sc. pol.*, vol. VI, p. 149.
(2) BOUTMY, op. cit., cap. III, in *Bibl. sc. pol.*, vol. VI, p. 167.
(3) È una trasformazione inavvertita in America, ma visibile agli studiosi stranieri. DAVIS, op. cit., cap. V, in *Bibl.* cit., p. 151.
(4) JANNET, op. cit., in *Bibl.* cit., p. 649.

elettorale che elegga come giudice un Mases, condannato per furto, e bocci un Cooley, vanto e lustro del giure pubblico americano od un Lawrence per aver dichiarato incostituzionale una legge che colpiva loschi interessi (1). Tuttavia, come osserva il Bryce, la crudezza del sistema riesce temperata in pratica dalla coesistenza dei giudici federali, che ispirano emulazione, dall'influenza del ceto degli avvocati, cui preme che i giudici siano capaci ed onesti e più che altro dall'opinione pubblica, ancor gelosa della buona reputazione loro (2).

E non va trascurata la tendenza americana a prolungare per quanto più sia possibile, come vedemmo, sino al limite *a vita*, la funzione dei giudici, con che anche i non buoni si rendono migliori per lo stato stesso d'indipendenza dalla piazza, in cui li si colloca.

Circa il sistema elettorale non è facile prevedere. Il Racioppi che nota accuratamente il ritmo d'alterne vicende nei singoli Stati non sa decidere quale tendenza sarà la prevalente (3); certo dà a bene sperare il rafforzamento sempre crescente dell'esecutivo, che potrebbe finire col riprendere, sotto la garantia della legge *Pendleton*, anche la nomina dei giudici di pace e delle Corti dei singoli Stati.

18. — Più che riassumerci (lo farà il lettore) crediamo piuttosto opportuno fissare alcune tendenze della democrazia americana, non sempre notate, in rapporto alla doppia funzione del suffragio universale

1.° Come *funzione politica* della democrazia, *a*) esso limita la sua attività ad accettare o respingere le proposte dei comitati, che la legge cerca sempre più disciplinare e sollevare; *b*) esso funziona in uno Stato che non invade e aduggia, come da noi, preoccupando tutte le attività sociali; donde le nostre diffidenze, inconcepibili in America; *c*) è limitato internamente dalla natura stessa della democrazia ed esternamente dalla tendenza americana a legalizzare sempre più la funzione di governo.

2.° Come *funzione costituzionale* poi, *a*) si estende in ragion diretta dello estendersi delle limitazioni al potere legislativo e del crescere di autorità dell'esecutivo; *b* riesce *creatore*, ma non *signore* dell'esecutivo, che, una volta nato, vive autonomo e forte con tendenza ad essere indipendente; *c*) investe le stesse basi del potere giudiziario, ma ha tendenza a limitare l'eleggibilità, a disciplinare la nomina, a crearne l'indipendenza dallo stesso corpo elettorale e col prolungamento della funzione finirà per togliere questa nota antipatica al suffragio universale americano.

Quando (e non sarà lontano il giorno) s'impegnerà da noi la grossa battaglia sull'introduzione del *suffragio universale* occorre

---

(1) Racioppi, op. cit., p. 350.
(2) Op. cit., vol. I, p. 486, in Racioppi, op. cit., p. 350.
(3) Op. cit., p. 353 e 355.

pensare anzitutto a due riforme radicali: la limitazione del potere o del numero o la soppressione addirittura delle *assemblee* locali e la creazione, con voto popolare diretto, dell'agente esecutivo, operante ***liberamente*** entro i confini della legge, responsabile ***realmente***, nella persona e negli averi, innanzi una magistratura popolare indipendente dallo stesso corpo elettorale che la nomina fra categorie di eleggibili. Ma di questo m'occuperò fra breve in altro speciale lavoro.

VINCENZO MARONE

PER LA RIFORMA

DELLA

PROCEDURA PENALE

RELAZIONE

del giudice Cavagnari sui seguenti temi dei *Principii della Commissione ministeriale*

(*Continuaz. — Vedi N. 1 e 2*).

REVISIONE.

Concetto e principii della revisione. — L'istituto della revisione tende a scuotere la cosa giudicata; perciò è molto controverso. È accolto però più o meno largamente in quasi tutte le legislazioni; ed è da tempo vivo il desiderio della scienza che ai casi di revisione, stabiliti nel nostro codice, altri ne siano aggiunti, affinchè più non si rinnovino alcuni fatti dolorosi che in questi ultimi tempi commossero profondamente la coscienza pubblica. In occasione del processo Dreyfus si comprese l'impellente necessità di avere una legge più larga in materia.

La revisione può concedersi tanto in caso di condanna che in caso di proscioglimento.

Può concedersi pei soli delitti, o anche per le contravvenzioni. Si può adottare una casuistica, ovvero stabilire una formula generica, come si possono adottare i due criteri ad un tempo. La domanda di revisione può essere assoggettata ad un esame preliminare da parte del ministro di grazia e giustizia, o da parte della stessa autorità giudiziaria.

Si può costituire una magistratura suprema speciale per decidere intorno all'ammessibilità della revisione, oppure si può conservare tale attributo alla Corte di cassazione.

Se la revisione ha l'effetto di constatare un errore giudiziario, si può riconoscere a chi ne fu vittima il diritto all'indennità.

Questi i temi principali che nella dottrina e nei recenti congressi si svolsero sulla grave materia della revisione, e che furono anche oggetto delle discussioni e delle deliberazioni della Commissione.

Sembrami non possano elevarsi obbiezioni intorno a questi principii accolti dal progetto.

In materia di delitti si deve ammettere la revisione delle condanne senza eccezione.

Si deve pure ammettere la revisione delle condanne per contravvenzioni punite con pena restrittiva della libertà personale.

Si deve conservare alla Corte di cassazione il diritto di decidere se sia o non sia il caso di far luogo alla revisione.

Si ammette il principio dell'indennità alle vittime degli errori giudiziari.

Minore concordia si può ottenere su queste altre massime.

Non si deve ammettere la revisione delle sentenze di assoluzione.

Ai casi di revisione stabiliti nel codice vigente debbono essere altri aggiunti, tracciati sulle norme dei nuovi documenti che escludono il reato, della falsità di un atto su cui fu fondata la condanna e del dolo inerente alla sentenza.

Si deve inoltre studiare una formula generale sulla traccia dei fatti nuovi o dei nuovi mezzi di prova non valutati nel giudizio compiuto, che stabiliscono l'innocenza del condannato.

Le domande per revisione devono essere rivolte al ministro guardasigilli, il quale deve avere facoltà di darvi o non darvi corso, previo parere di una Commissione, composta nel modo che sarà stabilito nella compilazione del progetto.

Revisione in caso di assoluzione. — La revisione, in caso di assoluzione, si accorderebbe ***quando l'imputato prosciolto abbia espressamente e pubblicamente confessato il reato.***

Non è nuova nella legislazione, perchè è stata introdotta nei codici più recenti e più razionali, come l'austriaco e il germanico.

Furono esposte autorevoli e notevoli considerazioni contro questa revisione. Fu detto che è contraria alle tradizioni giuridiche italiane; che la tranquillità dei cittadini va rispettata, tranquillità che si turberebbe se fosse lecito al Pubblico Ministero di riaprire, quando vuole, il procedimento, anche dopo una sentenza d'assoluzione; che gli errori che vi possano essere nelle sentenze di assoluzione non turbano la coscienza pubblica, come quelli che conducono alla condanna dell'innocente; che è difficile che gli imputati assolti confessino pubblicamente il reato commesso, vantandosene in modo spudorato e offensivo del senso morale pubblico, e agiscano questi contro il loro interesse che li conduce naturalmente a tenere celate le proprie nequizie. Ma è pure troppo grave offesa al sentimento della giustizia, all'autorità e al prestigio degli organi di questa, lasciare impunito l'imputato prosciolto che abbia espressamente e pubblicamente confessato il reato.

Se la legge è e deve essere umana verso l'imputato di de-

litto, tanto che va sempre più presidiandolo con guarentigie defensionali d'ogni specie, sarebbe una vera e dannosa debolezza lasciare che egli possa impunemente confessare il proprio delitto, dalla pena del quale fortunate circostanze lo salvarono. La rarità del caso non è sufficiente ragione contraria, perchè anche gli errori giudiziari, per cui si concede la revisione, sono rari. La tranquillità dei cittadini non corre pericolo, perchè il caso dell'assolto, che confessi in quelle condizioni rigorose di fatto, non può essere frequente.

Per misurare l'offesa alla coscienza pubblica che reca l'assoluzione di un colpevole, basterà ricordare l'indignazione pubblica che in questi tempi seguì l'assoluzione di imputati, ritenuti da quella stessa coscienza colpevoli.

La revisione in discorso, se ha degli avversari, ha anche dei fautori, ugualmente autorevoli, Lucchini, Garofalo, Maino, Alimena, Vacca. Fra gli altri il Garofalo osserva che nulla di meglio che la legge circondi l'imputato di tutte le garanzie immaginabili, perchè diventi, se non impossibile, almeno estremamente raro, il caso della condanna di un innocente; ma nulla di peggio di un sistema nel quale, riconosciuto il reo, questi possa salvarsi, riparandosi sotto l'egida di una formola legale. Esso consacra in tal modo qualche cosa di simile, di più assurdo forse, delle immunità medioevali. Queste scomparvero in Italia più tardi che nelle altre nazioni (1).

Questa tradizione giuridica non è certamente da rispettare.

L'Alimena, dopo di avere ricordato che questa forma di revisione è ammessa dal codice germanico, dall'austriaco, dal norvegese, da quello di Soletta e dal serbo, scrive che negarla quando l'assoluto giudizialmente confessi di essere reo, ovvero, stragiudizialmente, si vanti del reato commesso, sarebbe un voler ferire il buon senso (2).

Certamente la revisione contro l'assoluto non sarà accordata tanto facilmente, come si deve concedere, contro la sentenza di condanna.

E la proposta dell'on. Lucchini in seno alla Commissione si limitava ad accordarla solo nel caso della confessione pubblica espressa, mentre altre legislazioni e altri scrittori la concedono in maggiori casi — il Lucchini medesimo — per falsità in atti, o testimonianza o perizia, per corruzione di giudice.

Casi di revisione. — La determinazione dei casi di revisione è assai difficile; eppure è somma necessità farla, onde non abbandonare all'arbitrio una materia tanto grave e delicata.

La Commissione conserva i tre casi di revisione del codice vigente (3), i quali rispecchiano la contrarietà dei giudicati e

---

(1) *Relazione al IV Congresso giuridico nazionale di Napoli.*
(2) Ibidem.
(3) Art. 688, 689, 690.
1.° Quando due persone siano condannate per uno stesso delitto che importi

quindi si fondano sullo stesso principio, aggiungendo il ritrovamento di nuovi documenti che escludono il reato, la falsità dell'atto su cui fu fondata l'esistenza della condanna e il dolo inerente alla sentenza, e trovando in esso opportuno di stabilire una formola generale sulla traccia dei fatti nuovi e dei nuovi mezzi di prova non valutati nel giudizio in revisione che stabiliscono l'innocenza del condannato.

Con questi concetti generali si sarebbero, a mio modo di vedere, soddisfatte le esigenze della revisione della sentenza di condanna, e tenuto conto di quanto si è esposto nella dottrina e nelle discussioni del Congresso di Napoli.

Certo che adottare una formola generale unica rappresenterebbe l'ottimo, perchè è difficile prevedere tutte le possibili eventualità di un errore giudiziario, e dovrebbesi, d'altra parte, rimettersi al potere discrezionale della Corte Suprema, la quale quindi farebbe luogo alla revisione quando lo credesse, dopo diligente esame, necessario.

Ma, come è noto, l'ottimo non è sempre preferibile, specialmente trattandosi di un rimedio straordinario, come la revisione, col quale si infirma l'autorità e l'irrevocabilità della cosa giudicata.

Altre forme di revisione. — La Commissione non ha preso in esame due questioni pure importanti: se la revisione debba aver luogo anche quando si tratti di ammettere una scusante o di eliminare un'aggravante, e se senza limite di prescrizione si debba pure ammettere la revisione anche quando il condannato sia stato dichiarato assente.

Al Congresso giuridico nazionale di Napoli fu risoluto affermativamente il primo punto; ma io credo che vi si possa ugualmente riparare colla prerogative della Corona, dovendosi la revisione riservare per i casi più gravi.

La legge francese dell'8 giugno 1895 assimila al condannato decaduto il condannato dichiarato assente agli effetti di riabilitarne la memoria. Non si richiede che l'assenza dev'essere stata dichiarata dove fu pronunziata la condanna.

In ordine alla procedura per la revisione prevalse il principio che le domande per revisione debbono essere rivolte al ministro guardasigilli, il quale deve avere facoltà di darvi o non darvi corso, previo parere di una Commissione composta nel modo che si stabilirà nel progetto.

Io avrei preferito il principio affermato nella proposta del prof. Nocito, e sostenuto dai commissari Brusa, Nocito e Mazella.

Procedura di revisione. — La domanda potrà essere fatta

---

pena non inferiore ai tre anni, sono due sentenze che non possono conciliarsi e siano la prova dell'innocenza dell'una o dell'altra condanna:

2.° quando, dopo una condanna per omicidio, si accerti l'esistenza di vita della persona, la cui supposta morte aveva dato luogo alla condanna;

3.° quando, dopo una condanna contro un accusato, uno o più testimoni che deposero nella causa siano conosciuti di falsa testimonianza.

dal Pubblico Ministero, dal condannato e dai suoi congiunti, eredi e rappresentanti. Essa sarà dichiarata ammessibile e posta in corso d'istruzione, previa autorizzazione della Sezione d'accusa.

A favore di questa massima stanno queste considerazioni: Non è chiara la ragione perchè il ministro debba ingerirsi in un rimedio giudiziario, ed avere la facoltà d'interdirne l'esercizio anche di fronte all'evidenza delle prove.

L'on. Nocito in riguardo molto opportunamente ricordò ciò che è avvenuto in Francia pel processo Dreyfus per una simile disposizione. La politica ha formato il braccio del ministro, e la domanda di revisione non sarebbe stata messa in corso se la coscienza pubblica della Francia e dell'Europa non si fosse sollevata a favore del condannato.

Il condannato, domandando la revisione, esercita un diritto, determinato dalla ingiustizia della condanna, il quale, come ogni altro, si deve sperimentare esclusivamente davanti l'autorità giudiziaria.

La giustizia va attuata come comando di legge, e non come potere discrezionale di opportunità politica; questo canone verrebbe violato coll'ingerenza tanto decisiva del ministro.

Se un limite di invigilare e di sindacare è inerente a qualsiasi potere ed è fissato dalla natura stessa delle funzioni, col chiamare la Corte Suprema a giudicare della ricevibilità del ricorso per revisione, la legge ha già garantite, nel miglior modo possibile, le condizioni necessarie alla difesa della cosa giudicata.

Se la Commissione stessa ha riconosciuto che la riabilitazione, essendo un atto non di grazia, ma di giustizia, deve spettare al potere giudiziario di pronunziarla o di respingerla, senza ingerenza alcuna del ministro, non si comprende perchè così non debba avvenire per la revisione, che pure è un atto di giustizia.

Effetti della revisione; indennità per gli errori giudiziari. — La Commissione si è limitata alla proclamazione del principio dell'indennità alle vittime degli errori giudiziari, affidando alla Sottocommissione il còmpito di disciplinarne le modalità nella compilazione dello schema del nuovo codice.

Non si può non far plauso al nuovo riconoscimento di quel principio, da accogliersi per altissime considerazioni di moralità e di giustizia e perchè lo Stato non può sottrarsi agli obblighi ai quali è tenuto ogni cittadino che rechi danno altrui. La maggioranza degli scrittori sostiene la giustizia dell'indennizzo; parecchie legislazioni lo hanno sancito; in Italia fu oggetto di alcune proposte legislative. La questione non è dunque più teorica, ma pratica, in quanto riguarda le modalità e le fonti economiche dell'indennità.

Le ristrettezze finanziarie dello Stato trattennero già l'on. Zanardelli dall'introdurre l'istituto nel nuovo codice penale.

Facciamo voti che esse non formino più un ostacolo insormontabile. Così facciamo voti che in un lontano avvenire le condizioni finanziarie dello Stato e lo sviluppo della ricchezza privata (di che si ebbe già esempio modesto, ma significativo, in Milano,

nella istituzione di un Comitato per il risarcimento dei danni ***alle vittime dei reati***, fra le quali i detenuti in carcere preventivo, dichiarati poi innocenti) permettano di estendere il risarcimento dei danni agli innocenti che subirono ingiustamente il carcere preventivo e alle loro famiglie, e riguardo ai quali sarebbe davvero enorme che dovesse prevalere la massima proclamata dal deputato Dacmon, quando nel 1832 nel suo rapporto sul progetto di modificazione del codice penale francese disse: « l'emprisonnement préalable est un tribut que chacun paie à la sécurité de tous ».

Al già ricordato Congresso giuridico di Napoli fu fatto pur voto di accogliere nella legge statutaria l'istituto in discorso, ed un relatore propose che spetti al magistrato che pronunzia il giudizio in grado di revisione riconoscere il diritto all'indennizzo e determinarne l'ammontare, sull'esempio del nuovo articolo 446 del codice di procedura francese.

Il magistrato deve avere la *facoltà*, non l'obbligo di accordare l'indennità, perchè l'errore giudiziario può talvolta essere dipeso da colpa dello stesso innocente condannato. Occorre l'istanza della vittima dell'errore e, quando sia morta, dei suoi congiunti, degli ascendenti, dei discendenti, dei suoi stretti congiunti, quando si provi il danno derivato dalla condanna.

Il risarcimento è a carico dello Stato, col diritto di rivalsa contro la parte civile, il denunciatore, il falso testimone, e in generale contro tutti coloro che furono causa della sentenza ingiusta.

RIABILITAZIONE.

Necessità della riforma. — Anche la riabilitazione, come è contemplata del codice vigente, non soddisfa alle esigenze giuridiche, morali e politiche. Epperò anch'essa doveva essere oggetto di riforma reclamata dalla scienza e dai progressi legislativi compiuti anche in questa sfera da altre nazioni.

Prima ed essenziale modificazione doveva essere quella formulata nel principio della Commissione.

La riabilitazione, essendo un atto non di ***grazia*** (come è ora nel vigente codice), ma di ***giustizia,*** deve spettare al potere giudiziario di pronunziarla o ricusarla.

Riabilitazione giudiziale e di diritto. — Sull'indole della riabilitazione non ci fu discussione; la quale invece fu ampia e viva intorno alla riabilitazione ***giudiziale*** o riabilitazione di ***diritto***, vale a dire se la riabilitazione debba essere oggetto della declaratoria giudiziale, ovvero conseguibile senz'altro per il semplice trascorrere del tempo prescritto e per il verificarsi delle condizioni determinate dalla legge. Prevalse l'opinione per la ***riabilitazione giudiziale***, e, a mio avviso, giustamente.

Il condannato non ha diritto che a provocare una decisione, la quale riconosca che si trova nella condizione di essere riabilitato; e questa condizione deve essere, il più che sia possibile,

vicina alla realtà, mentre il semplice trascorrere del tempo prescritto e il verificarsi delle condizioni prescritte e sopratutto della buona condotta, dànno solo la presunzione, l'*apparenza* del ravvedimento. C'è la così detta *piccola delinquenza* che sfugge alle indagini dell'autorità pubblica sulla *buona condotta* dell'individuo, vi sono delle variazioni, delle sfumature, delle lacune, che solo l'apprezzamento del magistrato può tenere in conto, per dedurre se realmente il richiedente la riabilitazione la meriti. In sostanza la piccola moralità non è coefficiente totale per la riabilitazione. Bisognerebbe accontentarsi di essa, se dovesse provenire *da diritto*.

Tanto più si deve accogliere la forma della *riabilitazione* giudiziale, in quanto che la Commissione eliminò in parte il difetto che dai fautori della *riabilitazione di diritto* le viene attribuito, vale a dire, la *pubblicità* dell'azione, perciocchè si stabilisce che la *domanda di riabilitazione non deve essere pubblicata* contrariamente a quanto si stabilisce nell'art. 839 del codice vigente. È evidente che simile pubblicazione contraddice allo scopo della riabilitazione, ravvivando nel pubblico la memoria del delitto, mentre il condannato chiede che sia messo in oblìo.

Si possono accettare senza discussione i principii: che il recidivo non può chiedere la riabilitazione se non dopo un periodo di residenza nel regno doppio di quello che verrà stabilito per i casi ordinari; che il riabilitato che subisca una condanna di qualche gravità non deve più ammettersi a chiedere una nuova riabilitazione.

Invece parmi discutibile il principio che spetti alla Corte di cassazione di pronunziare sul merito della domanda di riabilitazione, affidandosi alla Sezione d'accusa il semplice incarico della istruzione della domanda stessa.

Mi unisco al senatore Canonico per preferire la Corte d'appello, la quale, magistratura locale, sarebbe in grado di profferire un giudizio più sicuro. Si potrebbe accettare che la Corte di cassazione fosse surrogata alla Corte d'appello soltanto, se si dovessero valutare motivi giuridici.

Anche colla Corte di cassazione non si potrebbe conseguire l'uniformità di criteri, perchè questo non è possibile in una materia così varia come quella della buona condotta. Se alla Corte di cassazione si è affidata la revisione, ciò non importa la necessità di affidarle anche la riabilitazione, perchè i due istituti differiscono nell'importanza e nei criteri, puramente di fatto nella seconda, prevalentemente di diritto nella prima.

La Corte d'appello è già investita di ugualmente importanti attribuzioni in materia civile, come per l'adozione e per la legislazione, e quindi dà le più evidenti e certe ragioni di fiducia anche pel cómpito della riabilitazione.

Procedimento di esecuzione.

Progressi sul sistema vigente. — Sotto questo titolo si trovano raggruppate le modificazioni di parecchi fra i più importanti istituti complementari della procedura penale. È la parte ove lo spirito riformatore della Commissione ha assunto l'espressione più viva.

Sono riforme assolutamente nuove per l'Italia: gli incidenti di esecuzione delle sentenze, la sospensione obbligatoria della esecuzione delle sentenze, la grazia condizionale, l'iscrizione sul casellario giudiziale delle condanne pronunziate dai tribunali stranieri, la facoltà del giudice penale nel pronunziare le condanne al risarcimento dei danni, di liquidarli e di accordare una provvisionale alla parte lesa, ancorchè non costituita parte civile, l'estensione dell'ipoteca giudiziale a garantire il risarcimento del danno a favore della parte lesa, anche se non costituita parte civile, la facoltà del magistrato di accordare provvedimenti eccezionali sui beni mobili dell'imputato, il privilegio del credito della parte lesa, l'assegnazione alla parte lesa di una porzione della mercede dovuta dal condannato pel suo lavoro.

Una larga e ravvivatrice corrente della scuola positiva è penetrata nell'ambiente ufficiale riguardo a queste ultime riforme, le quali accennano a far considerare la realizzazione del risarcimento dei danni come una funzione sociale, affidata d'ufficio, al *Pubblico Ministero* durante il processo, ai giudici nella condanna, e all'amministrazione carceraria nella eventuale ricompensa del lavoro penitenziario, secondo i voti del primo Congresso antropologico di Roma del 1886 e secondo l'opinione dei fondatori della scuola positiva, Garofalo, Ferri, Fioretti, Venezian...

Questo progresso ne lascia intravedere altri maggiori, perchè una volta che il risarcimento dei danni assuma legislativamente il carattere di funzione sociale, lo Stato dovrà esso direttamente effettuare quel risarcimento, divenendo cessionario dei diritti delle vittime, col diritto di rimborso verso l'autore del delitto. Noi magistrati dobbiamo andarne lieti, desiderosi, come siamo, di rendere una giustizia veramente integrale.

Incidenti di esecuzione. — Come ho detto, il codice vigente non conosce incidenti di esecuzione. È giusto ammetterli, prevedendoli in casi tassativi, come questi:

a) incidenti relativi all'identità personale dell'arrestato;
b) alla verifica o modo di esecuzione della pena.

Quest'ultima formola è molto elastica, ma fu dato il cómpito alla Sottocommissione di indicarne altri, enunciati nella discussione, contemplati da codici stranieri.

Fra i primi si ricordò il caso in cui il condannato sia infermo, e ciò nonostante, gli agenti della forza pubblica vogliono tradurlo nel luogo di pena. Si ricordarono ancora i casi del cu-

mulo delle pene, della conversione della pena pecuniaria nella carceraria, la correzione degli errori materiali incorsi nelle sentenze.

Naturalmente la competenza a decidere intorno agli incidenti di esecuzione deve appartenere al giudice che ha pronunziata la sentenza. Ciò di regola. Ma se la contestazione sulla identità personale dell'arrestato risulta evidente, è giusto che il Pubblico Ministero provochi la deliberazione della Corte o del tribunale *locale*.

In caso diverso l'autorità giudiziaria del luogo raccoglierà prontamente gli elementi necessari a risolvere l'incidente, e li trasmetterà al giudice della sentenza.

Ove si tratti di sentenza profferita dal pretore, si deve dare a questo magistrato facoltà di ricevere il reclamo con obbligo di spedirlo al procuratore del re, che provvederà secondo i casi, vale a dire, siccome emerge dalla discussione della Commissione, richiederà il tribunale o il pretore, secondo che l'incidente sia di facile o di difficile risoluzione.

Parmi che debba intendersi che il procuratore del re possa anche richiedere nel caso, diremo, semplice, di contestazione dell'identità dell'arrestato, il pretore *locale*. Sarà ad ogni modo conveniente che questa facoltà sia espressamente riconosciuta nella legge. Così occorrerà chiarire quale è il Pubblico Ministero competente a promuovere la deliberazione: quello presso l'autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza o quello presso l'autorità giudiziaria del luogo dell'arresto?

E il procuratore del re a cui il pretore deve trasmettere il reclamo, di cui nell'ultimo capoverso del principio n. 5, è quello da cui dipende direttamente, o quello presso l'autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza?

In seno alla Commissione si sostenne il principio della competenza alternativa, adottato dal codice norvegese, e per il quale è rimesso ai casi singoli il far decidere l'incidente di esecuzione dal giudice che omise la sentenza o dal giudice del luogo dell'arresto. Questo metodo è evidentemente più pratico, in una materia nella quale deve campeggiare molto l'opportunità ed è nello stesso tempo più semplice e più rapido, ciò che è essenziale per rinforzare l'autorità del giudicato e per garantire la libertà individuale dell'arrestato, quando, per esempio, esso sia persona diversa dall'arrestato.

Per quanto sia necessario che anche in materia di esecuzione delle sentenze intervenga il giudice, è manifesto però che questa materia spetta di sua natura al Pubblico Ministero, il quale ne ha la responsabilità. Appare quindi giusto che si commetta al prudente suo criterio la scelta della giurisdizione, perchè nei casi singoli si può meglio giudicare l'idoneità del giudice della sentenza o del giudice del luogo dell'arresto o del pretore.

Il mezzo termine adottato dalla Commissione non risponde a questa esigenza.

È accoglibile la massima che contro le pronuncie relative agli

incidenti di esecuzione si deve accordare soltanto il ricorso per cassazione nei casi in cui è ammesso dalla legge.

Coll'accordare anche l'appello, si creerebbe un nuovo inciampo alla esecuzione delle sentenze, e si renderebbe più complicata e più larga la procedura degli incidenti relativi, che deve essere, come si è or ora notato, semplice e celere.

Sospensione della esecuzione della sentenza. — L'istituto nuovo della sospensione, od obbligatoria o facoltativa, della esecuzione delle sentenze, indipendentemente dagli incidenti, mi pare, sotto ogni aspetto, provvido e raccomandabile. Già l'autorità a cui spetta l'esecuzione delle sentenze, quando si trova innanzi a certe condizioni di fatto, le quali, ancorchè non siano prevedute dalla legge, sono, a suo avviso, degne di riguardo, suole sospendere l'esecuzione per un tempo più o meno lungo.

Ora, osserva il relatore della Commissione, se si stabilisca un complesso di norme indirizzate a determinare in modo più completo i casi pei quali l'esecuzione delle sentenze possa essere sospesa, la procedura da seguirsi o il termine oltre il quale la sospensione non può durare, si ottiene il vantaggio di dare un assetto razionale e sicuro a questa parte importantissima del procedimento penale, sottraendola ai criteri materiali di coloro che devono provvedere alla esecuzione e rendendo le sospensioni meno frequenti e più brevi.

Vi sono delle ragioni di umanità, di sentimento, di giustizia, che meritano la massima considerazione. Giusta quindi la sospensione *obbligatoria* nei casi di malattia di mente o di corpo (compreso il caso della donna incinta), se dalla immediata esecuzione *possa derivare grave pregiudizio alla salute del condannato;* la sospensione *facoltativa,* se la immediata esecuzione *produca gravi pregiudizi domestici,* che con la sospensione possono evitarsi o diminuirsi, avendosi però riguardo anche al pericolo di fuga.

Già nel seno della Commissione fu notata la difficoltà di trovare un criterio che possa efficacemente infrenare la *sospensione facoltativa* e impedire che questa sia sfruttata a tutto beneficio dei furti e a tutto danno della difesa sociale e del prestigio della giustizia.

E i *gravi pregiudizi domestici*, che possono portare alla sospensione, devono essere prettamente economici, o anche morali?

Credo che debbano essere prevalentemente economici, ed invero nella discussione campeggiò il concetto del *patrimonio.* Il prof. Brusa infatti rilevò che il criterio deve essere questo, di avere cioè riguardo alle conseguenze che dalla esecuzione immediata della sentenza possano derivare al patrimonio della famiglia ed ai *creditori* del condannato. Il danno ai *creditori* però venne dalla maggioranza escluso.

Ma la formola adottata lasciò intendere che vi si possono comprendere anche i pregiudizi di carattere morale, come sarebbe, se, per esempio, il condannato, al momento dell'arresto, avesse un figlio, un padre, uno stretto congiunto gravemente

ammalato ed in pericolo di vita, al quale la notizia dell'arresto fosse per riuscire fatale.

Attesa la maggiore semplicità dell'indagine e della decisione, si credette di affidare al pretore e al Pubblico Ministero a cui spetta l'esecuzione, la facoltà di sospenderla, sopra domanda del condannato, apprezzandosi provvidamente che, in caso di diniego, il condannato deve avere diritto di produrre, fra ventiquattr'ore, ricorso al tribunale o alla Corte d'appello che decideranno in camera di consiglio irrevocabilmente e non oltre il terzo giorno dall'arrivo del ricorso nella cancelleria.

Nell'occasione della discussione di questo tema il prof. Brusa ebbe a segnalare un principio, del quale importa tener nota in questa materia per spiegare i concetti ispiratori della riforma; principio, a mio avviso, assai commendevole e fecondo di utili effetti.

L'attribuzione, disse il Brusa, di accordare la sospensione della sentenza deve essere ripartita fra il Pubblico Ministero e la magistratura giudicante, secondo la maggiore o minore difficoltà dei casi pratici.

La materia della esecuzione delle sentenze è stata a torto considerata d'indole amministrativa, mentre ora la scienza legislativa tende a darle carattere giudiziario ed a cercare una via di uscita per adottare l'esecuzione della pena di singoli delinquenti. Nella esecuzione è la stessa sentenza che rivive. e più si opera per conferire all'esecuzione carattere giudiziale, più si fa bene.

In conformità di questo indirizzo scientifico, oggi l'amministrazione carceraria tende a staccarsi dal dicastero dell'interno, per entrare nell'ambito del dicastero della giustizia; ed i nuovi istituti complementari del regime penitenziario rendono vieppiù manifesta l'opportunità e la necessità di siffatto indirizzo.

Ben detto, ripeto. L'esperienza insegna che l'amministrazione carceraria si preoccupa più dell'esteriorità che del contenuto del buon governo delle carceri, dove i locali hanno le maggiori cure. Non basta la luce elettrica ad illuminare e confortare le oscure e deboli coscienze dei carcerati.

Però la partecipazione lumeggiata dal prof. Brusa meglio si attua col lasciare il provvedimento al Pubblico Ministero e al pretore, come organi dell'autorità esecutiva, e il reclamo contro di esso al magistrato giudicante.

E così infatti si stabilì dalla Commissione. Ma la logica avrebbe richiesto lo stesso trattamento per la decisione degli incidenti di esecuzione, perchè la maggiore importanza delle questioni che possono esserne oggetto non sarebbe tale da giustificare la giurisdizione esclusiva del giudice, lasciando al Pubblico Ministero la sola iniziativa. E ciò dico in aggiunta e anche a modificazione di quanto ho esposto dianzi appunto su quel tema.

Era necessario stabilire, in materia di sospensione facoltativa, un termine oltre il quale l'esecuzione della sentenza deve rimanere sospesa. Questo termine non deve superare quattro mesi.

Con questo termine la Commissione credette di soddisfare a tutte le necessità, anche a quelle imposte da circostanze eccezionali, respingendo la proposta di fissare un termine come massimo che si può concedere dall'autorità esecutiva, ma colla facoltà al tribunale o alla Corte di prorogare la sospensione se questo termine non sia assolutamente bastevole, e respingendo pure la proposta di commisurare il termine alla durata della pena. Prevalse giustamente la convinzione che in questa materia, se si usa qualche larghezza, facilmente ne nascono abusi, e tutti i condannati si rivolgeranno al magistrato giudicante per ottenere la proroga della sospensione.

Condanna condizionale.

Perchè fu accolta la condanna condizionale dalla Commissione. — Pensando al favore che gode fra gli scrittori, e alle parecchie legislazioni che la accolgono, non avrei mai supposto che la condanna condizionale non fosse accolta fra le riforme della Commissione, la quale invece deliberò di non ammetterla, affermando che nelle presenti condizioni giuridiche e sociali non è opportuno di introdurla nella legislazione nostra.

Da questo motivo però apparisce che è salvo il giudizio sulla bontà dell'istituzione per sè stessa, e solo si dubita della sua opportunità e praticità.

E disse infatti l'ex guardasigilli Finocchiaro Aprile nella Commissione che la condanna condizionale, come ogni altro istituto giudiziario, non può essere considerata isolatamente, ed astraendo dalle condizioni giuridiche e sociali del paese in cui si vuole introdurre. Chi guardi il problema dal solo punto di vista della teoria non può contestare l'utilità di un provvedimento che valga di correzione o di moralizzazione sociale, ispirato al principio della condanna condizionale.

Ma nelle condizioni reali del nostro paese, dove la intensità della recidiva va aumentando e mancano provvedimenti speciali contro i delinquenti incorreggibili, un istituto che mira ad evitare una seconda condanna non si può scindere dal concetto di escogitare modi efficaci contro il fenomeno di reati che si ripetono più volte ad opera degli stessi individui. Questo fenomeno, che costituisce una vera piaga sociale, è troppo acuto perchè la società possa non preoccuparsene in via d'urgenza, facendo precedere i provvedimenti contro i recidivi abituali alla condanna condizionale. Pertanto prima di pensare alla condanna condizionale, bisogna provvedere a scemare la recidiva.

Ma la condanna condizionale venne combattuta anche per ragioni intrinseche.

Fu detto che l'intervento del giudice dopo che ha pronunziato la condanna per arrivare, colla sospensione della pena, a distruggere gli effetti della sentenza, non è consentaneo alla funzione del magistrato, perchè qui si tratta non già di forma di esecuzione del giudicato, ma di porre nel nulla la stessa sentenza.

La condanna condizionale non si presenta nemmeno opportuna, perchè il giudice deve essere posto al di sopra di ogni sospetto, e se gli si attribuisse il potere di accordare o negare la sospensione della pena, facilmente l'opera sua sarebbe discussa e sospettata, e scemerebbe nel pubblico quell'opinione di imparzialità che deve ispirare ogni provvedimento del magistrato.

Altre obbiezioni si fanno alla condanna condizionale.

Enrico Ferri, fra gli altri, dopo di averne notati i difetti, quali il considerare un delinquente medio e quasi astratto, non vivo e palpitante, il favorire sempre più nei tribunali l'ingerenza dei giudicabili per modo che i giudici finiranno per prendere l'abitudine quasi di accordare meccanicamente la condanna condizionale, trascurando i diritti e le ragioni dei danneggiati dal delitto, afferma che, malgrado le sue apparenze seducenti, sembra destinata, passata la luna di miele delle sue prime applicazioni, a non dare nella pratica tutti quei benefici effetti che i suoi sostenitori si ripromettono, per quanto essa segni un passo verso il sistema positivo di difesa penale, che poggia sull'adattamento della difesa alla potenza offensiva del delinquente.

Queste obbiezioni sono certamente serie, e particolarmente quelle dedotte dalle condizioni giuridiche e sociali presenti del nostro paese, e dall'oblio delle ragioni della parte lesa, ma non mi sembrano invincibili. Si deve anzitutto prendere in esame il contenuto della condanna condizionale.

Concetto e vantaggi della condanna condizionale. — Essa consiste in ciò, che per gli autori di reati leggieri, che non siano recidivi e gliene sembrino meritevoli, il giudice può sospendere il giudizio e l'esecuzione della condanna per un dato termine, trascorso il quale senza che il delinquente abbia tenuto cattiva condotta o commesso nuovo reato, il giudizio rimane esaurito e la condanna si ha per non avvenuta, mentre nel caso contrario, o il giudizio si compie o la condanna gli viene applicata insieme a quella pel nuovo reato commesso. È stato introdotto poi in alcuni Stati come mezzo atto a favorire il ravvedimento dei condannati a lievi pene carcerarie, e quindi a scemare il numero dei recidivi, specialmente se trattisi di donne e minorenni, che giova agli intenti preventivi e repressivi sottrarre all'ambiente del carcere.

Tale essendo quindi, parmi che essa non possa considerarsi come inadatta nelle odierne condizioni sociali e giuridiche del nostro paese, perchè essa tende appunto a combattere la piccola delinquenza, che fomenta la recidiva, che rende sempre più acuto e più disastroso il fenomeno dello spesseggiare dei reati, mentre poi si presenta come rimedio efficace, per scemare la tanto deplorata delinquenza dei minorenni, con manifesto miglioramento di quelle stesse condizioni sociali e giuridiche che si invocano contro di essa. Per le quali poi non sarà inutile avvertire che esse non variano complessivamente da quelle dei paesi, che adottarono già da tempo o che stanno per adottare quell'istituto

In ogni caso questo è un argomento che proverebbe troppo

se vero, perchè con esso si potrebbero osteggiare parecche altre riforme che si intendono introdurre, anzitutto quelle che mirano a rendere più efficace la difesa dell'imputato e la tutela della sua libertà e personalità.

Non più efficace è l'obbiezione che colla condanna condizionale si contraddice alla funzione dell'autorità giudiziaria e che viensi a togliere effetto al giudicato. Se questo viene meno, viene meno per fatti estranei all'autorità giudiziaria, viene meno per cause giuste, ciò che non offende punto il suo prestigio; ma quando più importa di rafforzare la difesa sociale, allora l'efficacia del giudicato aumenta, perchè se il condannato condizionalmente ricade, la prima condanna viene applicata colla nuova. Del resto la forza e l'autorità dei giudicati non sta tanto nella esecuzione della condanna, quanto nella certezza che il giudicato raggiunge il suo effetto, e l'effetto è raggiunto colla buona condotta del condannato.

In quanto all'oblio delle vittime dei reati, a parte che si può stabilire, come propone, per esempio, il Garofalo, che la condanna condizionale debba sottoporsi al consenso della parte lesa, o non debba accordarsi se non fu compiuto o se non sia garantito, per parte del delinquente, il risarcimento del danno, non è tale inconveniente che possa impedire l'adozione della condanna condizionale quando si consideri che essa non si applica che ai delinquenti primari e minorenni, autori di reati leggieri, e quindi in casi, dove il danno privato sarà ordinariamente lieve.

Grazia condizionale.

Precedenti della grazia condizionale. — La Commissione invece credette di accogliere l'istituto della grazia condizionale pure già in uso presso altri Stati, e che avrebbe un naturalissimo precedente presso di noi nell'indulto promulgato nel 22 aprile 1893 sopra proposta del ministro Bonacci, in cui si dispose che il condono della pena dovesse aversi come non conceduto se, nel termine di tre anni dal giorno in cui il condono venne applicato, il condannato commettesse un nuovo delitto.

Della grazia condizionale si vuole sottoposto alla iniziativa di Commissioni giudiziarie l'effetto di operare indirettamente sulla grazia ordinaria e di risolvere in parte, con criteri che offrono maggiori garanzie, il problema importantissimo della esecuzione delle sentenze, riguardo alla quale la Commissione propone che quella esecuzione, per effetto di grazia condizionale, non può rimanere sospesa oltre il termine di quattro mesi.

Concetto della grazia condizionale. — Nell'intendimento dei proponenti la grazia condizionale non vincola l'esercizio della prerogativa sovrana, non potendo essere il sovrano obbligato a fare o non fare la grazia; ma tende, invece, a regolare il diritto di grazia rispetto a certe specie di condannati, modellandola sul tipo della condanna condizionale.

E in sostanza un istituto complementare della giustizia indirizzato ad esercitare un'azione altamente benefica sulla grazia

ordinaria, infrenandone gli abusi. Viene considerato come uno dei progressi più importanti in materia legislativa, perchè, conservando ciò che la condanna condizionale contiene veramente di utile o pone una diga contro la delinquenza, evita la confusione dei poteri; ma andrebbe organizzato come qualcosa di distinto dalla grazia ordinaria, coordinato alla qualità delle persone ed alla entità dei reati e alla prova della buona condotta del condannato, sostituendo all'iniziativa del Pubblico Ministero, che può essere sospettato di parzialità, quella di un collegio di magistrati prudenti.

Le norme direttive della grazia sarebbero contenute in un regolamento da farsi dal potere esecutivo; ma la grazia verrebbe ad assumere un carattere giudiziario nel senso che il suo punto di partenza è costituito dalla sospensione della esecuzione della sentenza, che attiene appunto alla materia della procedura penale.

Quindi la Commissione propone che il Pubblico Ministero deve potere pronunciare la grazia sovrana, previo parere conforme di un collegio giudiziario da determinarsi, con facoltà di proporre che la grazia sia accordata anche con condizioni e modi, specialmente tenuto conto della qualità delle persone e della natura dei reati.

Pregi della grazia condizionale. — Parmi anche questo nuovo istituto raccomandabile, perchè esso tende a dare un assetto più organico e più razionale al sistema attuale della grazia, ponendolo sotto l'azione, per quanto indiretta, della magistratura, senza per altro offendere l'essenza della prerogativa sovrana, e se l'esercizio di questo deve per necessità concretarsi sulla base delle informazioni che sono raccolte a mezzo del Pubblico Ministero e dell'autorità politica, vagliate successivamente da appositi uffici ministeriali, ciò non toglie che il re possa anche non tenere conto del risultato di tali informazioni e della proposta del ministro; cosa per altro difficile, perchè col progresso delle istituzioni rappresentative, la Corona si fa uno scrupolo di uniformarsi al parere del ministro responsabile.

Anche gli scrittori di diritto costituzionale convengono nella necessità di regolare con provvedimenti d'ordine giuridico l'esercizio della prerogativa di grazia, per impedire le ingiustizie, che pur troppo si verificano, e in Italia e altrove, in questa materia a cagione delle raccomandazioni e sollecitazioni dei deputati e senatori ed altri personaggi politici (1).

E non sarà inutile ricordare come la convenienza di questo regolamento legislativo sia stata rilevata dal compianto senatore e guardasigilli Vigliani, in una lettera 11 settembre 1876 citata dal Palma nel Trattato di diritto costituzionale.

Il Vigliani, dopo di aver dimostrato che il diritto di grazia non è in pratica del tutto abbandonato all'arbitrio del ministro, perchè esistono norme ed usi costanti che lo gover-

(1) *Il re*, ALBERTO MORELLI, pag. 735, 1899.

nano, esprime l'opinione che tali norme e consuetudini si ***potrebbero utilmente munire di sanzione legislativa, per maggiore guarentigia, nella sanzione della procedura penale.***

Una forma speciale di grazia condizionale. — Solo per notizia è da ricordarsi che nel seno della Commissione il prof. Brusa ebbe a segnalare un istituto come una via di mezzo tra la grazia sovrana ordinaria e la grazia condizionale.

Il caso di grazia, anzichè dall'autorità chiamata ad eseguire la sentenza o dal Ministero di grazia e giustizia, dovrebbe essere segnalato dal giudice che pronuncia la condanna senza il contradditorio delle parti, e, dopo un periodo di buona condotta del condannato, dovrebbe intervenire una definitiva proposta da una Commissione di magistrati.

In tal guisa l'intervento dell'autorità giudiziaria sarebbe una duplice forma, e la guarentigia sarebbe maggiore.

A questo sistema, discusso incidentalmente dalla Commissione, fu fatta l'obbiezione che una serie di sentenze rimarrebbe per effetto di esso ineseguita dall'istante in cui i condannati sarebbero designati alla grazia sovrana fino a quello in cui interverrebbe il provvedimento del sovrano, con grave danno della repressione, e si potrebbero suscitare conflitti fra il principe e la magistratura, dai quali l'autorità e il prestigio del sovrano e dei magistrati uscirebbero diminuiti.

Coesistenza della condanna e della grazia condizionale. — È da sapersi se è utile la coesistenza dei due istituti della condanna condizionale e della grazia condizionale, dato che all'ultimo dovesse prevalere il partito di adottarli ambedue.

Se la grazia condizionale viene conceduta unicamente come un sostitutivo della condanna condizionale, è evidente che non possono coesistere, creando invece un ***bis in idem.*** Il che non avverrà se la condanna condizionale verrà applicata per certe categorie di reati leggieri e di delinquenti recidivi e pei minorenni più lontani dalla maggiorità penale, e la grazia condizionale verrà applicata per tutte le altre categorie e per tutti gli altri delinquenti, come parrebbe necessario, e come del resto si pratica.

Chiuderò questo importante tema con un'osservazione generale, che sentii fatta da autorevoli magistrati alla notizia della recente proposta del guardasigilli Gianturco per la grazia condizionale.

Non contribuirà essa ad indebolire la difesa sociale e l'efficacia e l'autorità delle sentenze dei magistrati, facendo quasi apparire come diritto ciò che non era sino ad ora una eventuale concessione? Questo pericolo, se non potrà, a mio credere, trattenere dall'adottare il nuovo istituto, che oggi sarebbe considerato compreso nella stessa prerogativa sovrana, deve certo imporre la massima circospezione, sovratutto per constatare la buona condotta del condannato, riguardo alla quale constatazione mi permetto di ricordare ancora l'osservazione da me antecedentemente fatta, e cioè che vi sono delle ***buone condotte*** unicamente conformi alla ***piccola moralità,*** fuggenti dal codice, fra

gli articoli del codice penale, ma non reali nè sostanziali, non immuni da quella *piccola delinquenza* che infesta la società moderna, e che permette di vivere colle apparenze dell'uomo probo.

Senonchè la questione della grazia condizionale potrebbe dirsi per ora risolta dai recenti provvedimenti del guardasigilli Gianturco, il quale la sottopose senz'altro alla sanzione del re, considerando che questi abbia il potere di istituirla per solo decreto.

Noi non siamo chiamati ad esprimere il nostro avviso sul tema se esista o non esista questa facoltà regia, o, meglio, se il potere di grazia possa diversamente regolarsi che per legge. Che la grazia condizionale non abbia bisogno di legge, fu affermato recentemente da un valoroso giurista Raffaele De Notaris, sostituto procuratore del re a Napoli (*Giustizia Penale*, Roma, 1100, 1900); anzi egli crede che basti una circolare per introdurla, in via di esperimento, in via di opportunità.

Altri invece ha sostenuto che occorra una legge; per esempio il Ferri. E che occorra una legge, lo credettero parecchi ministri, fra cui il Vigliani, di cui ricordai l'autorevole opinione, antecessori dell'on. Gianturco, e lo credette la Commissione ministeriale della riforma alla procedura penale. La legge verrebbe richiesta, perchè si tratterebbe d'estendere i poteri del sovrano, perchè si tratterebbe di trasformare una prerogativa, rimessa alla *clemenza* del re, in un istituto giuridico vero e proprio, subordinato a condizioni prestabilite. Si andrebbe più in là nelle obbiezioni e nelle previsioni, manifestandosi il timore che la grazia condizionale istituita per semplice decreto celi un'insidia politica, un atto di resistenza alle correnti e aspirazioni popolari che si manifestassero in un determinato momento politico, nel quale si reclamasse un'amnistia, a cui invece si sostituirebbe la grazia condizionale, appunto per le condizioni che questa permette d'aggiungere e che s'imporrebbero dal potere esecutivo. Ma, ripeto, un parere su ciò è estraneo al nostro mandato; certo è però che i magistrati preferiscono che ogni cosa sia regolata dalla legge e circondata di stabili e serie guarentigie.

(*Continua*). C. CAVAGNARI.

RECENSIONI.

CIVOLI. — ***Manuale di diritto penale.*** — **Milano, Società Editrice Libraria, 1900 (Pagine 1375, Prezzo L. 12).**

La benemerita Società Editrice Libraria ha arricchito la sua preziosa *Piccola biblioteca* di un nuovo manuale, quello presente del prof. Civoli, che ha per oggetto il *Diritto penale*.

Il libro, edito con vera eleganza ed accurata nitidezza, si divide in due parti: nella prima, l'autore ha esposto la parte generale della scienza penale e del codice; nella seconda, ha esposto la dottrina dei singoli delitti.

Nella prima parte l'autore segue per lo più l'ordine del codice, avendo cura però di dare ai titoli dei diversi capitoli una più esatta e giuridica formulazione. Così, ad esempio, avviene pel titolo III (4.° del codice), che l'autore esattamente definisce come comprendente la *imputazione del reato* e l'*imputabilità del suo autore*.

Ragioni di spazio, ed anche la diversità di opinione dall'autore sui principii fondamentali e sul metodo, ci vietano di analizzare minutamente le dottrine esposte dal Civoli; noteremo soltanto, come osservazione generale, che il Civoli segue gl'insegnamenti della cosidetta scuola classica o giuridica, rigettando i principii enunciati dalla cosiddetta scuola criminale positiva; ma, sia nel propugnare le dottrine classiche, sia nel combattere quelle positiviste (delle quali, del resto, assai raramente si occupa) l'autore si vale di sereni e ben condotti ragionamenti, senza intolleranza e senza partigianeria.

Segnaliamo lo sforzo costante dell'autore di perfezionare le formole giuridiche tradizionali e di imprimere al suo lavoro un'impronta originale e personale, ed altresì il lodevole sistema di risalire per ogni dottrina al sistema giuridico, da cui dipende.

Ci si consentano due osservazioni critiche.

Anzitutto ci pare che l'esposizione di questa parte generale cominci troppo bruscamente. Trattandosi specialmente di un manuale, sarebbe stata assai opportuna un po' di preparazione, mediante un'*introduzione*, la quale avesse esposto la nozione, il contenuto, i limiti, il fondamento, la posizione enciclopedica, ecc., del diritto penale; *introduzione*, di cui ci danno splendido esempio i manuali germanici, e che serve mirabilmente ai fini didattici. È una lacuna questa, che l'autore potrà, colla dovizia di dottrina che possiede, facilmente colmare in una prossima edizione del suo lavoro

In secondo luogo, ci pare che, contrariamente al metodo da lui seguito, di dare delle formole esatte e precise, il Civoli abbia offerta una definizione dei reati non solo affatto manchevole, ma che pare il frutto di un equivoco, giacchè si esaurisce in un circolo vizioso.

Dice invero l'autore: « Vi è una categoria di fatti, che *a causa di questa loro qualità caratteristica* vengono nella nostra legislazione positiva contraddistinti col nome di reati, i quali danno luogo alla irrogazione di una pena a carico di chi ne sia dichiarato responsabile » (pag. 3 e 4). Ora, ragionevolmente, il lettore si chiede quale sia questa caratteristica propria dei reati.

Nella parte speciale, l'autore descrive le singole figure dei vari delitti seguendo l'ordine del codice, ma importandovi due non lievi modificazioni. Difatti, il Civoli sostiene che non hanno ragione di essere la classe dei delitti contro la libertà (pag. 765 e seg.) e la classe dei delitti contro l'ordine pubblico (pag. 884 e seg.), dichiarando che le singole figure di delitto, in quelle classi comprese, dovrebbero in parte soppirmersi, in parte trasportarsi in altre classi. E così fa precisamente l'autore in modo che invano si cercherebbero nel libro suo le categorie dei delitti contro la libertà e contro l'ordine pubblico.

Noi però non sapremmo acconciarci all'opinione dell'autore, nè per la prima, nè per la seconda innovazione, segnatamente per la prima, giacchè la libertà è un supremo bene, prodotto da tutto il moderno movimento politico e inseparabile dagli odierni ordinamenti; per essa quindi è doverosa la più larga e severa protezione. Ma noi qui solo incidentalmente notiamo il nostro dissenso, giacchè il Civoli sostiene e giustifica la sua opinione con copia di dottrina e di ragioni, le quali meriterebbero di essere discusse a parte.

Il Civoli nella esposizione dei delitti in ispecie doveva superare una grandissima difficoltà, quella di condensare la materia senza venir meno alla chiarezza del dettato ed alla precisione dei concetti; ora, sia detto a di lui lode, il Civoli ha saputo vittoriosamente superare questa difficoltà.

Ed un'altra lode va data al Civoli, quella di avere studiato ed esposto i singoli delitti contemplati nel codice con spirito indipendente, facendo della buona e sottile critica ogni qual volta l'ha creduto opportuno.

Motus in fine velocior, e l'autore, certo per ragione di spazio, ha trattato con eccessiva brevità delle classi importantissime dei delitti contro la persona e contro la proprietà. Le contravvenzioni non hanno che un cenno fugace e l'autore dichiara che rinuncia a trattarne partitamente, perchè, per farlo, avrebbe dovuto esporre le regole d'indole amministrativa colle quali si collegano; il che avrebbe dato al suo lavoro un'estensione incompatibile colla sua destinazione.

Tutto sommato, è questo un buon manuale, scientifico e pratico insieme, e che mentre rivela la profonda dottrina dell'autore, riuscirà di ottima guida agli studiosi del diritto penale.

EUGENIO FLORIAN.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

FIRENZE, 24 gennaio 1901 — *Pres.* Cesarini — *Est.* Giordani = Ongania c. Blanc.

La sentenza arbitrale resa sopra un compromesso che conteneva la rinunzia all'appello, non è suscettibile di denunzia per cassazione (1).

Il barone Alberto Blanc, avendo stabilito di pubblicare un'opera dal titolo: « Venezia e l'Oriente dopo la caduta dell'impero bizantino », ne affidò l'edizione al comm. Ferdinando Ongania e la direzione scientifica al comm. Federigo Stefani, direttore dell'archivio di Stato di Venezia, e il 22 febb. 1896 fu sottoscritta dai tre contraenti una scrittura privata contenente i patti e le condizioni della detta pubblicazione.

Iniziato appena il lavoro e stampati i primi fogli del primo volume, venne a morte lo Stefani e l'opera rimase interrotta, perchè mancata con lui la persona che doveva raccogliere, scegliere e coordinare i documenti necessari. Vi furono trattative ed offerte fatte dal Blanc all'Ongania per risarcirlo delle spese che aveva già incontrate, ma non si riuscì ad un accordo, perchè l'uno intendeva che, morto lo Stefani, il contratto dovesse ritenersi sciolto per forza maggiore, l'altro, invece, che lo scioglimento dovesse attribuirsi a colpa del primo. Si adì il tribunale di Venezia, il quale, con sentenza interlocutoria del 19 genn. 1899, proferita in contumacia del Blanc, accolse la tesi sostenuta dall'Ongania, riconobbe il diritto di questo al risarcimento dei danni ed ammise una prova testimoniale ed una perizia per liquidarli.

Il barone Blanc appellò da quella sentenza, ma, pendente il giudizio, le parti convennero di compromettere la controversia in tre arbitri, che nominarono con atto 15 luglio 1899, nel quale, dopo avere determinato le quistioni che dovevano essere giudicate e stabilite le forme e i termini da osservare per la istruzione, dichiararono « di abbandonare definitivamente la loro vertenza dinanzi l'autorità giudiziaria e di rinunziare al diritto d'appello avverso la sentenza degli arbitri ».

Con questa sentenza, che fu proferita il 18 ott. 1899 e depositata il giorno successivo alla cancelleria della I pretura di Venezia, gli arbitri giudicarono: dovere il contratto ritenersi sciolto per forza maggiore e conseguentemente essere obbligato il barone Blanc a rifondere all'Ongania soltanto gl'importi delle spese da lui sostenute, che fissarono nella cifra di L. 10,360, salvi gli acconti ricevuti; non ad altro pagamento o indennizzo qualsiasi per tutto ciò che l'Ongania avesse potuto guadagnare qualora il contratto avesse avuto la sua integrale e perfetta esecuzione, o per qualsiasi altro danno che gli fosse derivato o potesse derivargli.

Il comm. Ongania, che ha ricorso contro questa sentenza degli arbitri, ne domanda la cassazione per diversi motivi.

Il controricorso combatte questi motivi, ma soltanto in ipotesi, poichè, in via principale e pregiudiziale, deduce l'improponibilità e inammissibilità del ricorso per il fatto di avere le parti nell'atto di compromesso rinunziato al diritto d'appello dalla sentenza degli arbitri.

Mentre è quistione ancora controversa nella dottrina e tra i commentatori, è invece massima ormai stabilita e ricevuta in giurisprudenza, auspice questa medesima Corte, che la rinunzia all'appello fatta dai compromittenti nell'atto di compromesso rende inammissibile il ricorso per cassazione.

---

(1) Contra: MATTIROLO. *Tratt. di dir. giud. civ.*, I. n. 692, p. 272 (III ed.): LESSONA, *Man. di proc. civ.*. p. 36 e in *Enciclopedia giur.*. v. *Arbitramento*, p. 624, n. 91. — Nel senso della sentenza, MORTARA, *Man. della proc. civ.*, n. 1081, p. 379. Circa la denunziabilità in genere delle sentenze inappellabili v. la decisione seguente.

Infatti, secondo l'art. 31 c. p. c., questo rimedio straordinario è accordato anche contro le sentenze degli arbitri, ma allora soltanto che sieno state pronunziate in grado d'appello, e questa disposizione di diritto singolare in tema di compromesso, oltrechè all'art. 123 della legge sull'ordinamento giudiziario, è conforme al principio generale stabilito dall'art. 517 c. p. c. per le sentenze dell'autorità giudiziaria, or la contraddizione non consente di ritenere come pronunziate in appello quelle sentenze degli arbitri, che le parti, con libera pattuizione, hanno dichiarato inappellabili. Vi sono bensì delle sentenze inappellabili contro le quali è permesso il ricorso; ma, altro è quando l'inappellabilità della sentenza deriva dalla legge, altro quando deriva invece dalla volontà delle parti; poichè in questo caso la rinunzia all'appello dimostra che le parti hanno inteso di sottrarre la causa alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria e di rimettersi interamente ed irrevocabilmente al giudizio degli arbitri, o per una particolare fiducia che abbiano in essi riposta, o per economia di tempo, o per risparmio di spese; la rinunzia all'appello è espressamente riconosciuta ed ammessa dall'art. 28 n. 3 c. p. c. ed è consentanea al diritto che i litiganti hanno di transigere e di disporre in qualsiasi modo dell'oggetto della controversia: ma tale rinunzia, implicitamente e per necessità di logica giudiziaria, importa rinunzia anche al ricorso per cassazione, altrimenti l'ordine delle giurisdizioni e della competenza, che la legge ha stabilito per ragioni di pubblico interesse, rimarrebbe sconvolto, e tanto sarebbe rinunziare alla prima istanza e portare senz'altro la causa in appello.

Conseguentemente, dovendo ritenersi che gli arbitri abbiano giudicato come giudici di primo grado, ed avendo le parti rinunziato al secondo grado, la pregiudiziale del barone Blanc è pienamente giustificata, e il ricorso del comm. Ongania non può essere ammesso. Indarno si sostiene in contrario che gli arbitri pronunziarono in grado d'appello, in quanto la causa si trovava già avanti la Corte di Venezia a cui era stata deferita la sentenza interlocutoria del tribunale; poichè le parti dichiararono nell'atto di compromesso di abbandonare definitivamente, come si disse, la loro vertenza dinanzi l'autorità giudiziaria, cosicchè del primitivo giudizio, sia in prima, che in seconda istanza, non era più luogo a parlare, se non per le spese che furono egualmente rimesse al criterio degli arbitri, tanto è vero che questi non dovevano dire se bene o male si fosse apposto il tribunale con quella sentenza, ma giudicare e pronunziare *ex novo* in modo definitivo ed irrevocabile della controversia senza poterla rinviare al tribunale stesso nel caso previsto dall'art. 492 c. p. c.

—

TORINO, 18 gennaio 1901 — *Pres.* Marangoni — *Est.* De Giuli — *P. M.* Mazza = Cichero e altri c. Ruisecco.

1. *Sono denunziabili in cassazione le sentenze inappellabili rese in materia di fallimento* (1).

2. *La circostanza che un credito ammesso dal giudice delegato venga ad essere oggetto di contestazione non toglie che il creditore abbia diritto di concorrere nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verifica alla votazione per mutare i membri della delegazione di sorveglianza.*

4. *La maggioranza dei creditori di cui si occupa il capoverso dell'art. 723 c. comm. per la mutazione dei membri della delegazione, non è la semplice maggioranza dei creditori presenti, ma la vera maggioranza dei crediti.*

I controricorrenti oppongono in via pregiudiziale l'irricevibilità del ricorso, comechè trattasi nel caso di sentenza emanata dal tribunale in sede di fallimento, e non appellabile nei sensi dell'art. 913 c. comm., e per ciò stesso non impugnabile in cassazione a termini dell'art. 517 c. p. c.

La questione è vieta, e fu occasionata dalla impropria espressione usata nell'articolo 517 c. p. c. « sentenza pronunciata in grado d'appello », che si ritenne equivalere a quella *en dernier report* adoperata dal codice di procedura francese.

È noto tuttavia che questa Corte Suprema, informandosi da un lato al vero pensiero del legislatore, e dall'altro canto alla missione della Corte regolatrice, qual'è dichiarata nell'art. 122 dell'organico giudiziario: « La Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi », ha, salvo eccezioni, ognora pronunciato per l'ammissibilità del ricorso contro le sentenze inap-

---

(1) In senso contrario, per non trattarsi di sentenza resa *in grado* d'appello, la Cass. Napoli ha da ultimo ritenuto, di conformità alla sua giurisprudenza, non denunziabile la sentenza resa su incidente relativo alla competenza del conciliatore (*Filangieri*, 1900, 763). V. pure stessa Corte, 27 maggio 1899, in *Filangieri*, 1899, 680 col richiamo; Cass. Firenze, 22 novembre 1897 (*Filang.*, 1898, 209); Cass. Torino, 23 novembre 1897 (*Ib.*, 1898, 44). — Specificamente è contrario alla tesi, da ultimo, il LESSONA, *Man. della proc. civ.*, n. 262. Contra pure Cass. Palermo, 30 dicembre 1895, in *Filangieri*, 1896, 124 colla nota.

pellabili, considerandole come pronunciate in grado d'appello, ossia in ultima istanza.

Questa Corte subalpina fece delle eccezioni a questa norma per le sentenze dei conciliatori e per quelle pronunciate da arbitri in base a compromesso nel quale le parti avevano esplicitamente dichiarato di rinunciare a qualsiasi impugnativa del lodo.

Ma gli argomenti addotti per questi due casi non militano per le sentenze in materia di fallimento, dacchè, se non fosse concesso il ricorso in cassazione, salvo i pochi casi in cui l'art. 913 c. comm. ne ammette l'appello, la pratica della legislazione dei fallimenti verrebbe nella massima parte sottratta al controllo della Corte regolatrice, quasi che poco per tale legislazione importi l'esatta applicazione della legge e l'uniformità della giurisprudenza.

La locuzione « pronunciata in grado d'appello » deve interpretarsi non già nel senso che il legislatore volesse dal beneficio del ricorso in Cassazione escludere le sentenze non soggette ad appello, ma in quello bensì che non fossero alla Corte Suprema denunziabili, finchè rimanesse altro mezzo per impugnarle.

Non è quindi da accogliersi l'eccezione pregiudiziale dei controricorrenti.

Sul II e III mezzo, l'uno basato a un difetto di motivazione, l'altro alla violazione degli art. 723 e 907 c. comm., questa Suprema Corte osserva che male si addebita al tribunale di aver trascurato di motivare intorno alla questione a quel Collegio proposta.

Per verità l'unico punto di controversia su cui il tribunale era chiamato a deliberare rifletteva la nullità o meno della votazione e della nomina della delegazione di sorveglianza, effettuatasi nell'adunanza 13 dicembre 1899 di chiusura di verifica dei crediti, in sostituzione della precedente nominata nella prima adunanza dei creditori.

E il tribunale ha tanto interloquito su questo punto, che, nello statuire doversi ritenere la maggioranza costituita dall' unico creditore non contestato, a ciò veniva condotto dal ragionamento fatto per dimostrare che l'art. 723 c. comm. non vuole una maggioranza speciale, ma bensì quella esclusivamente dei presenti quale è per regola generale stabilito nell'art. 907 stesso codice.

Senonchè, e ciò forma oggetto del III mezzo, mentre esiste motivazione, questa però non risponde alla lettera e allo spirito delle disposizioni della legge commerciale invocata, per quanto un illustre commentatore di questa legge (Vidari, vol. VIII, n. 4525) patrocini, affermando però senza dimostrarlo, parte dei concetti cui si è ispirato il tribunale.

Egli è fuor di dubbio che la delegazione dei creditori, istituto nuovo introdotto dal codice vigente, a cui è commessa la sorveglianza sull'amministrazione del fallimento, debba essere scelta nella prima adunanza prefissa nella sentenza dichiarativa di fallimento. Ed è pure incontestabile che, in questa prima adunanza, di fronte all'incertezza sulla verità dei crediti vantati da ciascun creditore, ben possa dirsi che non sempre tale delegazione rappresenti legalmente la maggioranza dei creditori.

Epperciò il legislatore commerciale, nella prima parte dell'art. 725, devolve bensì alla prima adunanza la nomina della delegazione, onde non manchi la sorveglianza sino dai primi momenti dell'apertura delle operazioni del fallimento; ma concede poi, nel capoverso dello stesso articolo, la facoltà alla maggioranza dei creditori, i crediti dei quali siano stati verificati od ammessi al passivo, di mutare nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione i membri della prima delegazione.

Con ciò si raggiunge lo scopo che tale delegazione venga nominata da quei creditori le cui ragioni di credito siano già state apprezzate, verificate, sia poi che tali ragioni abbiano ottenuta una definitiva liquidazione ed ammissione al passivo, sia che contestati, siano stati ciononostante provvisoriamente ammessi.

Se così è, non può dirsi conforme alla legge l'interpretazione data dal tribunale, il quale, amando riconoscere, « per necessità di cose » (così si esprime nel motivato) ottenuta la maggioranza col voto dell'unico creditore, che nel verbale di chiusura non venne contestato, venne a porre il principio che, non altrimenti sia concessa la mutazione della delegazione dei creditori se non a quei creditori che nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verifica siano stati definitivamente ammessi al passivo del fallimento.

Una simile interpretazione porta a quell'assurdo che occorse nel caso in disamina.

Infatti. basta che nella adunanza di chiusura sorga un creditore, e contesti tutti i crediti, per impedire all'adunanza di valersi della facoltà di mutare i membri della prima delegazione. Nel caso concreto uno solo si salvò dalla contestazione, e, secondo il tribunale, fu sufficiente il concorso di « questo solo creditore » per costituire una *maggioranza*; e, a dir vero, non si concilia l'idea di una votazione a maggioranza col concorso del voto di una sola persona.

Il tribunale non sarebbe venuto a tanto se, nel dare i motivi della sua tesi, avesse tenuto presente che prima dell'adunanza di chiusura, e dopo la prima adunanza fissata

dal tribunale nella sentenza dichiarativa del fallimento, altra operazione interviene, qual'è prescritta dall'art. 761 c. comm.

Per tale disposizione di legge il giudice delegato verifica i crediti mediante confronto dei titoli presentati, coi libri e colle carte del fallito. E di tale verifica (che nella fattispecie fu eseguita il 1.° dic. 1899) si fa constare con processo verbale, in cui si enunciano tutte le operazioni fatte, si indicano i nomi delle persone intervenute, e si riferiscono le loro dichiarazioni.

Susseguo l'art. 762 « i crediti non contestati, e quelli che dal giudice delegato si reputano giustificati, sono ammessi al passivo del fallimento ».

È evidente che si tratta sempre di ammissione provvisoria, e che ogni decisione è riservata alla chiusura del verbale di verifica.

Ma ciò non toglie che quei creditori i quali dal giudice delegato siano stati verificati ed ammessi al passivo, quei creditori, sebbene contestati, ritenendo i loro crediti giustificati, abbiano non solo il diritto d'intervenire nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verifica, ma quello pure di votare per la mutazione della delegazione dei creditori.

Nè si comprende come si possa intendere diversamente la cosa ove per poco si rifletta che l'art. 723 accenna a creditori « verificati o ammessi al passivo », e non dice nè punto nè poco che debbono concorrere solo quei creditori che siano *definitivamente*, perchè non contestati, « ammessi al passivo » nell'adunanza di chiusura.

Il tribunale poi ritenne come inconcusso, e qui lo sorregge l'autorità del Vidari, che per la deliberazione a mutare la delegazione dei creditori, l'art. 723 alinea non richiegga una maggioranza speciale, ma quella per norma generale scritta nell'art. 907 c. comm., cioè la maggioranza dei presenti.

Anche tale interpretazione non trova questa Corte Suprema giuridicamente esatta.

Il codice del 1865 richiedeva (art. 618, 633 e 646) per certe deliberazioni una speciale maggioranza; ma non era detto se per i casi ordinari occorresse una maggioranza che rappresentasse la maggior entità degli interessi compresi nel fallimento, giusta i principî del codice civile in materia di comunione, oppure bastasse la maggioranza dei voti dei presenti.

Il codice vigente ha riempito questa lacuna, e stabilì nell'art. 907 che, « quando la legge non richieda una maggioranza speciale », le deliberazioni si debbano prendere e maggioranza assoluta dei voti dei presenti.

Ora, è fuor di dubbio che la prima parte dell'art. 723 non designa una maggioranza speciale; parla di adunanza di creditori, in genere; votano adunque tutti quelli che sono presenti.

E così avviene per quella adunanza di creditori che è contemplata negli art. 729 e 757.

Ma il legislatore volle, e molto saggiamente, fare eccezione per quelle adunanze in cui la gravità della deliberazione importasse la presenza di una determinata e seria rappresentanza dei creditori e non di quelli soli che si fossero presentati. E allora volle una maggioranza speciale.

La volle nel capoverso dell'art. 723 prescrivendo che intervenisse, per mutare la prima delegazione dei creditori, la maggioranza di tutti quei creditori i cui crediti erano stati verificati od ammessi al passivo del fallimento. Questa non vuol dire maggioranza in genere; è determinata dalla metà più uno di quei creditori soltanto che si trovano in tali condizioni.

La volle nell'art. 719 per la surrogazione del curatore.

La volle nell'art. 833 per la validità del concordato; e così volle in altri casi (articoli 794, 825, 828).

L'interpretazione perciò data dal tribunale, e colla quale venne indotto a ritenere la maggioranza dei creditori concretati virtualmente in un solo creditore, quello non contestato, non è accettabile, ostandovi qui pure la lettera e lo spirito della legge.

P. q. m., cassa, ecc.

—

ROMA, 11 gennaio 1901 — *Pres.* Caselli — *Est.* Janigro — *P. M.* Righetti = Sereni c. Manifattura Rivarolo e S. Giorgio.

Qualora importi una riduzione dei crediti, *l'accordo amichevole di cui all'art. 825 cod. comm. non vincola la minoranza dissenziente* (1).

Tutta la questione cui dà luogo il ricorso consiste nel vedere se il commerciante che senza essere stato dichiarato fallito ottenne la moratoria la quale poi si chiuse per accordo stipulato con la maggioranza dei suoi creditori a base di riduzione dei singoli crediti, possa rifiutare al

(1) La sentenza confermata (10 marzo 1900 dell'A. Roma) si legge nel *Filangieri*, 1900, 454 col richiamo. La S. C. romana muta la sua giurisprudenza accogliendo la soluzione, a nostro credere, più corretta. Sarà l'inizio di quella concordia fra le Cassazioni, che auguravamo in nota alla confr. sentenza 9 agosto 1898 della C. S. di Napoli? (*Filangieri*, 1899, 49).

creditore che non assentì all'accordo l'integrale pagamento del suo credito. Contro la sentenza denunziata che ebbe a risolvere in senso negativo la proposta questione, insorge il ricorso e fondandosi sull'art. 825 c. comm. afferma che potendosi per detto articolo far cessare la moratoria anche con un accordo stipulato con la sola maggioranza, purchè questa rappresenti i tre quarti del passivo, ciò stesso dimostra che i creditori dissenzienti siano tenuti a sottostare alla riduzione dei loro crediti, se su tale base ebbe a conchiudersi l'accordo. Ma così argomentando il ricorso da un lato sconosce l'indole e la portata della moratoria e dall'altro non interpreta esattamente l'articolo dianzi riferito. Egli è vero che con detto articolo il legislatore, dopo di avere nella prima parte stabilito che se durante la moratoria abbia luogo un accordo amichevole con tutti i creditori, le relazioni ulteriori fra questi ed il debitore si regolano secondo la convenzione, soggiunge nella seconda parte che l'accordo può anche validamente stipularsi con la sola maggioranza dei creditori che rappresenti almeno i tre quarti del passivo purchè i creditori assenzienti assumano insieme col debitore le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, ove occorra, l'intero pagamento dei loro crediti, ma da tale disposizione si trae una conseguenza che non scende dalle premesse quando se ne vuole inferire che la riduzione dei crediti che venne consentendo la maggioranza si possa opporre dal debitore anche ai creditori che non intervennero all'accordo. Il legislatore nell'articolo surriferito intese regolare il modo come si può far cessare la moratoria per accordo delle parti, ed all'uopo previde due ipotesi: quella cioè in cui tutti i creditori divengono all'accordo, e l'altra in cui questo è consentito solo dalla maggioranza; quanto alla prima ipotesi, non potendo volerne più delle parti, era ben naturale che dovesse limitarsi a disporre che dato l'accordo di tutti i creditori le relazioni ulteriori fra questi ed il debitore si sarebbero regolate secondo la convenzione; ma quanto all'altra eventualità non poteva non preoccuparsi degli interessi dei creditori dissenzienti, e del pregiudizio che avrebbero potuto risentire se alla maggioranza si fosse data piena balìa di sistemare a suo talento la fortuna del debitore senza la facoltà nei dissenzienti d'insorgere contro tale sistemazione se fosse d'inciampo alla totale soddisfazione dei loro crediti, e guidato da siffatto intendimento venne disponendo che si potesse far luogo alla cessazione dello stato di moratoria per accordo stipulato con la sola maggioranza, ma a patto che i consenzienti rappresentassero tre quarti del passivo, ed assumessero insieme al debitore le conseguenze di ogni lite con i dissenzienti, ed occorrendo, l'integrale pagamento dei loro crediti.

Risultando adunque dettata con siffatto intendimento la disposizione di cui alla seconda parte dell'art. 825 non se ne può inferire, come vorrebbe il ricorso, la maggiore conseguenza di potere il debitore opporre ai dissenzienti la riduzione che gli venne consentita dalla maggioranza, essendochè così interpretando l'articolo non solo si falserebbe lo scopo della sua disposizione, che, come si è visto, fu quello di meglio tutelare gli interessi dei dissenzienti, ma si farebbe produrre alla moratoria un effetto del tutto diverso da quello pel quale fu istituita, in quanto che da mezzo concessa al debitore per estinguere, nel tempo che gli venne prefisso, tutti i suoi debiti, ed ottenere dilazione al pagamento, art. 822 n. 2 c. comm., si convertirebbe in uno istituto diretto a conseguire riduzioni anche malgrado la volontà dei creditori, facendosi una strana confusione tra il concordato di cui si discorre negli art. 831 e seguenti c. comm., e l'accordo amichevole di cui è cenno nella seconda parte parte del detto art. 825, mentre l'uno istituto è sostanzialmente diverso dall'altro; la qual cosa risulta manifesta sol che si ponga mente all'obbligo che nel caso dall'accordo amichevole la legge impone alla maggioranza di rendersi garante dell'intero pagamento dei crediti verso i dissenzienti ed alla mancanza delle non poche formalità che la legge impone in caso di concordato, a tutela di tutti i creditori, e che nell'accordo suddetto non sono punto richieste.

Segue dal fin qui detto che la sentenza denunziata fece un'esatta applicazione della legge quando ritenne che la resistente per essere rimasta estranea all'accordo stipulato con la maggioranza, non fosse tenuta a subire la riduzione da questa consentita alla ditta ricorrente, ma avesse diritto ad ottenere l'integrale pagamento del suo credito.

P. q. m., rigetta.

—

TORINO, 31 dicembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Giorcelli — *P. M.* Cavalli — Rossi c. Comune di Germignaga.

1. *Il diritto alla stabilità, acquisito dal medico condotto in forza dell'art. 16 della legge 22 dicembre 1888, è subordinato alle esigenze del pubblico interesse ed ai casi di forza maggiore.*

2. *La circostanza che la superiore autorità amministrativa abbia imposto al Comune, con*

provvedimento definitivo e irrevocabile, di far parte di un consorzio sanitario, costituisce un motivo giustificato di licenziamento del medico stabile (1).

3. *Ma non può esimersi il Comune dal risarcire il danno arrecato dal licenziamento se abbia senz'altro accettata la deliberazione della Giunta P. A. ordinante la costituzione del consorzio, senza tentare i rimedi dalla legge concessi contro la medesima* (2).

Per pronunciare conveniente mente sopra i quattro dedotti mezzi di cassazione, la Corte Suprema ravvisa opportuno discutere dapprima intorno al secondo, terzo e quarto, tenendoli uniti come uniformi nei loro propositi, e così discutere poi intorno al mezzo primo.

Coi medesimi in sostanza si tende ad ottenere riconosciuto e dichiarato che quando pure l'imposizione del Consorzio, stata fatta al Comune di Germignaga da parte dell'autorità tutoria, abbia costituito una forza maggiore, non sia venuto meno per lo stesso Comune l'obbligo di risarcire il dottor Rossi appunto per la stabilità che lo stesso dottore aveva acquistata lorquando veniva licenziato.

La Corte però non può seguire il ricorrente in siffatta sua convinzione, avvegnachè dovesi distinguere, e così constatare, che la pretesa sarebbe attendibile quando il dot-

---

(1-2) Diciamolo subito: la sentenza che annotiamo ne sembra meritevole di plauso perchè segna un orientamento della S. C. torinese verso una più equa e liberale interpretazione della legge nel giudicare intorno alle gravi controversie che si riferiscono alla stabilità dei medici condotti. Invero, mentre la decisione del 12 febb. 1900, di cui ci siamo a lungo occupati (*Filangieri*, 1900, 364), nel sancire il diritto dei municipî di limitare lo stipendio al medico stabile come naturale conseguenza della riduzione della condotta piena a quella pei soli poveri, ha (pare a noi) subordinato a un interesse, sia pure d'ordine pubblico, un vero e proprio diritto contrattualmente acquisito al sanitario, accordando un'influenza eccessiva all'elemento pubblicistico insito nel rapporto fra medico e Comune (Cfr. la nostra annotazione alla sentenza 2 febbraio 1899 della C. S. di Firenze pure in *Filangieri*, 1899, 520); qui il magistrato supremo ha, con savio criterio, assai meglio contemperati i due elementi che entrano in quel rapporto, accostandosi di più alla esatta, razionale (a nostro credere) soluzione dell'importante dibattito.

Del quale abbiamo discorso altra volta in commento alla decisione 5 maggio 1899 della Sezione IV del Consiglio di Stato (*Filangieri*, 1900, 76), giungendo alle conclusioni:

che la disposizione dell'art. 16 della legge 22 dicembre 1888 attribuisce ai medici condotti, dopo il triennio di prova, un vero diritto, manutenibile nelle vie giudiziali, a non essere licenziati se non per giustificati motivi;

che fra questi motivi non può ritenersi compresa la costituzione di un consorzio, fatto del tutto indipendente dalla persona del medico;

che, per conseguenza, il medico stabile, licenziato in seguito alla costituzione di un consorzio il cui servizio fu affidato a sanitario diverso, ha diritto di pretendere il risarcimento dei danni verso il Comune presso del quale aveva acquistata la stabilità.

La sentenza che imprendiamo ad annotare non ha scosso il nostro convincimento, come non aveva fatto la precedente pronunzia 24 maggio 1900 della Corte di Milano (*Filangieri*, 1900, 777) e nemmeno ha potuto scuoterlo il pure perspicuo articolo del GIAVAZZI, apparso recentemente nel *Monitore dei Tribunali* (a. c., p. 141).

*
* *

I due giudicati si pongono l'identica questione e decidono che il medico condotto stabile può essere impunemente licenziato quando il Comune in cui serve sia dalla superiore autorità amministrativa costretto ad entrare in un consorzio sanitario. Il principio della stabilità fissato dall'art. 16 (dice la Corte di Milano) non è posto dal legislatore in modo così assoluto da non dover cedere ad esigenze d'ordine pubblico quali son quelle in vista delle quali è dettato il precetto dell'art. 15 relativo alla costituzione dei consorzi. Ed anche circoscritta la questione al puro campo del diritto privato, la costituzione, *iure imperii*, del consorzio è certo un *motivo giustificato* di licenziamento, verificandosi allora (son le parole della Cassazione) il vero caso di una forza cui non si può resistere, e così il vero caso di *forza maggiore* (art. 1226 c. c.).

Codesta proposizione, comune nella sostanza a entrambi i giudicati, pecca, a nostro credere, di complessità. Perchè, infatti, invocare la *vis maior* derivante dall'ordine irresistibile dell'autorità superiore, se la costituzione del consorzio, richiesta da necessità sanitarie, basta a fornire uno di quei *giustificati motivi* di licenziamento del medico in modo espresso contemplati dall'art. 16 della legge, che deve imperare, comunque si consideri la natura del rapporto che intercede fra il medico condotto e l'amministrazione municipale? D'altro canto, una volta ammesso il *factum principis* come caso di forza maggiore, evidentemente quel rapporto, anche a ritenerlo di puro diritto privato, che è l'ipotesi più favorevole al sanitario, non può sottrarsi all'applicazione dell'articolo 1226 c. c., senza che sia mestieri ricorrere ai *giustificati motivi* dell'art. 16. Il licenziamento del medico, in conseguenza della coattiva costituzione del consorzio, sarà dunque legittimo o perchè *giusti*

tor Rossi avesse per sostrato della medesima eziandio un contratto che preveduto avesse la relativa eventualità, nel qual caso certamente l'autorità giudiziaria, se non potrebbe impedire l'attuazione del provvedimento amministrativo, stante la separazione dei po-

---

ficato a sensi dell'art. 16, o perchè il vincolo fra Comune e sanitario ha dovuto risolversi per la impossibilità in cui il primo si è trovato di osservare il contratto: od anche per l'uno e per l'altro motivo insieme: ma la difformità dei principî applicabili avrebbe dovuto, ne sembra, consigliare le Corti a scindere le questioni, così essenzialmente diverse, anzichè farle capire a disagio e con danno della dimostrazione scientifica in uno stesso sillogismo.

Ciò posto, per giungere ad una razionale soluzione della controversia, reputiamo indispensabile formulare separatamente i due punti di disputa: *a*) la costituzione coattiva di un consorzio sanitario è motivo giustificato di licenziamento del medico stabile? *b*) è caso di forza maggiore che esoneri il Comune da ogni responsabilità pel licenziamento?

***

a) Più volte facemmo oggetto di studio la peculiare posizione creata ai medici condotti dalla legge 22 dic. 1888, esaminando le diverse e gravi dispute cui la imperfetta dizione legislativa ha malauguratamente aperto l'adito. Per evitare di ripeterci, il che porterebbe, senza utilità alcuna, troppo in lungo il nostro discorso, siamo costretti a dare per assodati taluni punti fondamentali su cui ci verremo appoggiando e che hanno ai rispettivi luoghi più conveniente dimostrazione.

Secondo l'avviso nostro, dunque (*Filangieri*, 1899, 526), il rapporto che intercede fra medico e Comune dipendentemente dalla condotta sanitaria, quantunque nella sua essenza d'indole privata, non si regola alla stregua delle pure norme del diritto privato, ma subisce le deviazioni imprescindibili dall'influenza dell'elemento pubblicistico che contiene. Codesta reazione non è però sconfinata, e il suo limite è quel medesimo che separa il diritto dall'interesse: val dire che al libero svolgersi del pubblico vantaggio non saranno d'inciampo le clausole contrattuali che prospettano semplici interessi del medico, ma solamente (salva, s'intende, la rifazione del danno) quelle che han posto in essere veri e propri diritti. In correlazione a tali premesse, dicemmo già non essere (a parer nostro) derogabili le strette norme del giure privato riguardo alle controversie che concernono i patti fondamentali della condotta, quelli cioè (come la misura dello stipendio) in vista dei quali specialmente il sanitario si è determinato a contrattare. E in tale concetto ci conforta anche l'opinione recentissimamente manifestata dal Barassi (*Contratto di lavoro*, p. 944, e v. per la questione della irreducibilità dello stipendio del medico stabile le pagg. 845, 846) che pure afferma come « queste locazioni (*scil.* fra pubbliche amministrazioni ed impiegati) sottostanno al diritto privato almeno per ciò che ne concerne la base economica, per sè di carattere eminentemente privatistico ».

Vero è che la legge speciale riserva in modo espresso al Comune la facoltà di licenziare il medico condotto quando concorrano *motivi giustificati*. Ma se esatti sono i presupposti dai quali partimmo, se sta (come non dubitiamo) la prevalenza del diritto privato sul pubblico in quanto esorbita dai confini del semplice interesse del medico, logica vuole, come altra volta concludemmo (*Filangieri*, 1900, 76), che quella frase vada interpretata in relazione all'ordinaria locazione d'opere e che *iusta causa* di licenziamento non debba ritenersi se non quella che, secondo il diritto comune, può aver efficacia di risolvere il contratto fra locatore e conduttore. Sarebbe infatti assurdo che quelle medesime pubbliche necessità, per le quali (come crediamo di aver dimostrato) non è consentito al Comune di ridurre il compenso al medico stabile in caso di riduzione della condotta, avessero poi efficacia di abilitarlo a disfarsi ad un tempo dello stipendio e del sanitario! D'altra parte (come già pure osservammo), se il legislatore del 1888 ha mirato a garantire al Comune il migliore andamento del servizio di sanità, ha pur giudicato necessario, pel raggiungimento di quell'alto fine, di accordare ai medici tali garanzie « che concedano loro di adempiere al loro ufficio sicuramente e con piena indipendenza » dovendo essi « vigilare, anche contro l'opera dei Comuni, all'applicazione della legge ». (Disc. Badaloni alla Camera; sed. 14 dic. 1888). Ciò posto, non è ammissibile che, in contrasto con affermazione così solenne, l'art. 16 possa essere inteso in senso tale (come ha detto assai bene il Pacinotti) « che darebbe modo ai Comuni di licenziare a loro beneplacito il sanitario; perchè è ben facile trovare un giusto motivo di ordine pubblico: e la stabilità creata pei medici condotti sarebbe in tal guisa distrutta » (*Ann. crit. di giur. prat.* 1899, IX-X), comechè sottoposta a una condizione potestativa da parte dell'autorità municipale.

L'interpretazione cui accediamo è pur condivisa dal Cogliolo (*Cod. san.* p. 140), dal Pagani (*Condotta medica*, in *Digesto ital.*), dal Barassi (*op. cit.*, p. 881) e dal Porrini, il quale ultimo, studiando le diverse garanzie accordate dalle leggi speciali a taluni impiegati del Comune, scrive testualmente: « Riguardo ai medici condotti, si può ben dire con precisione di criterio essere la loro nomina, come quella degli impiegati dello Stato, definitiva o a vita, con la sola eccezione di un triennio durante il quale l'Amministrazione comunale può a suo libito licenziarli: scorso tale termine, il loro licenziamento *sarà legittimo solo quando concorrano gli estremi che pur rendono ammissibile la rescissione di un contratto co-*

teri, dovrebbe prescrivere un analogo risarcimento dei danni. Ma la cosa non potrebbe essere così quando, come nella specie, il diritto invocato sia puramente basato sul disposto della legge sanitaria, la quale per volontà propria, coll'art. 16, ha attribuito ai medici, che già erano in funzione alla sua data, la stabilità dopo tre anni dalla sua promulgazione, come l'ha attribuita a quelli nominati di poi dopo tre anni di prova.

E la distinzione è precisamente consentanea colla legge sanitaria, la quale, appunto in

---

mune d'opera locata » (*Il periodo di prova di alcuni impiegati comunali*, in *Filangieri*, 1894, I, 27).

Quali possano ritenersi giustificati motivi di risoluzione della locazione d'opere ordinaria, espone egregiamente il Barassi (op. cit., p. 840 segg.) riferendosi a tutte quelle circostanze sopravvenute che implicano il concetto d'una lesione della fiducia su cui basa il contratto, come la violazione degli obblighi contrattualmente assunti dal locatore: il sopraggiungere di cause che ne diminuiscano la capacità o le attitudini; la cattiva condotta, l'insubordinazione e le gravi mancanze disciplinari in genere: « Sono giusti motivi di licenziamento del medico » dice in proposito il Cogliolo (*l. c.*, p. 140), « oltre quelli che, rendendo inosservato il contratto, cadono sotto il disposto dell'art. 1165 c. c., tutti gli altri contemplati dai regolamenti e dal capitolato; ed in generale le lunghe ed arbitrarie assenze; i demeriti professionali; la vita immorale; le malattie lunghe e incurabili; la vecchiaia e tutte le cause di inabilità del medico al compimento del dover suo ». E coerentemente la Corte di Casale ha giudicato che il diritto del medico non può essere leso da deliberazioni dirette a variare le condizioni del servizio « quantunque approvate dalle superiori autorità amministrative, se tali deliberazioni non hanno fondamento in motivi che concernano *la persona del medico od il modo con cui egli adempie al servizio* » (30 maggio 1899 in *Foro it.* 1899, 1300 — *Giur. tor.* 1899, 1245). Ricorre qui — ed *a fortiori* — l'analogia con quanto ha deciso la Cassazione romana a sezioni riunite in una sua importantissima pronunzia con cui ha stabilito che ragioni anche d'ordine pubblico o suggerite dall'oculatezza della gestione economica od amministrativa non bastano a giustificare il licenziamento dell'impiegato, v. g. per una riduzione d'organico, sebbene consigliata da impellenti necessità economiche (12 marzo 1894, in *Legge*, 1894, 469).

Dato ciò, ed essendo la costituzione del consorzio sanitario un fatto del tutto estraneo al medico condotto, non può entrare nel novero di quei giustificati motivi di licenziamento dei quali fa cenno l'art. 16 della legge 22 dic. 1888. L'affermazione del Giavazzi (*l. c.*) al dir del quale il presupposto della natura mista del rapporto intercedente fra l'impiegato e la pubblica amministrazione conduce alla conseguenza che sempre « ove l'interesse del privato venga in contrasto col pubblico vantaggio è giuocoforza che quello si debba tacere », suppone bensì il conflitto di due opposti interessi di grado diverso, ma non quello dell'interesse col diritto. Ora, il limite all'influenza dell'elemento pubblicistico insito nel contratto di condotta medica, per riguardo alle modificazioni unilaterali del vincolo assunto dal Comune di fronte al sanitario divenuto stabile, è quello appunto, come vedemmo, che separa l'interesse dal diritto. In ogni modo è certo che l'elemento di diritto privato, nell'interpretazione del Giavazzi, andrebbe assorbito da quello di diritto pubblico; mentre, come limpidamente osserva anche il Barassi (p. 218 sgg.), l'elemento pubblicistico non produce alcuna alterazione essenziale nella configurazione del rapporto giuridico, la cui sostanza non rimane intaccata: vi sarà, sì, un rapporto di diritto privato misto ad elementi di diritto pubblico che si fondono con esso; « ma *fondersi* non è la stessa cosa che *assorbire*! » (p. 220).

Dice il Giavazzi che la condizione del medico (a causa della stabilità) è troppo favorevole perchè egli si possa pretendere sotto l'impero del diritto comune: « se è la legge sanitaria che gli concede una garanzia eccezionale, uopo è che non pure i suoi diritti, ma eziandio i doveri siano da essa regolati ». Codesta *garanzia eccezionale*, inspirata a considerazioni di superiore interesse, è appunto la riprova della presenza nel rapporto nostro dell'elemento di diritto pubblico. Ma perchè il rapporto ha natura mista e i due elementi, il pubblico e il privato, debbono fra loro contemperarsi, nè quello sopraffar questo, ne viene che essendosi la legge astenuta dallo specificare quali si dovessero ritenere giustificati motivi di licenziamento e trattandosi di un punto essenzialissimo della locazione d'opera, l'elemento privato spiegherà tutta la sua efficacia e dovranno quindi applicarsi le norme del diritto comune.

A ciò ne conforta anche la stessa frase del legislatore: « giustificati motivi », corrispondente ai « giusti motivi » che autorizzano la risoluzione dell'ordinario rapporto locativo; mentre non crediamo affatto che lo spirito della legge sia stato d'accordare con una mano al medico una « garanzia eccezionale », per poi togliergliela coll'altra concedendo ai Comuni l'amplissima facoltà di licenziarlo giustificando (sia pure) un qualsivoglia motivo di pubblico interesse (che non dovrebbe nemmeno essere irresistibile o grave) sempre difficilmente nella pratica vagliabile dall'autorità giudiziaria, cui spetterebbe in definitiva decidere se il recesso del Comune abbia leso un diritto del sanitario. Non vale il raffronto che si fa tra il medico condotto ed altri impiegati del Comune per conchiudere alla eccezionalità della garanzia che, a stare alla nostra opinione, sarebbe al primo concessa: giacchè la stabilità del medico, come osserva assai bene l'egregio contraddittore, non è fine a sè medesima, ma mira all'alto scopo del migliore andamento del servizio sanitario: « non è un privilegio — ripeteremo coll'on. Badaloni — ma un mezzo per impe-

quello stesso art. 16, ha parlato di azione giudiziaria solo per i casi in cui sia ammessa dalla legge comune.

Or bene, quando manca il titolo categorico che abbia previsto l'eventualità, e quindi solo il diritto, che la nuova legge sanitaria avrebbe fatto sorgere, si possa invocare, indubbiamente devesi pur sempre vedere quale sia l'essere dello stesso diritto, e così tener presente tutto il complesso di quella legge, vale a dire non solo un comma dell'art. 16, ma eziandio il resto, nonchè gli altri art. 3 e 15.

E così facendo, nello scopo suaccennato

dire le ingiustizie e serve a garantire il Governo dell'indipendenza dei medici, che devono vigilare, *anche contro l'opera dei Comuni*, all'applicazione della legge ».

Nè davvero vediamo perchè la nostra teoria intorno ai motivi legittimi di licenziamento del medico stabile sarebbe incompatibile con l'opinione, pure da noi sostenuta, che il medico consorziale non acquista mai la piena stabilità nel suo ufficio. Sarà questo più o meno logico, più o meno equo; ma non può cader dubbio che la legge abbia voluto così. Disponendosi infatti nell'art. 40 del regolamento sanitario che « i consorzi per l'assistenza medico-chirurgica... possono essere sciolti o modificati... con l'approvazione della Giunta P. A., sentito il parere del Consiglio prov. san. », è chiaro (come già osservammo) che, per quanto voglia interpretarsi l'art. 16 della legge in senso favorevole al medico condotto, non potrà mai parlarsi nei di lui riguardi di stabilità vera e propria; giacchè, sciogliendosi il consorzio nei modi legali, necessariamente deve venir meno l'obbligo dei Comuni già consorziati di valersi dell'opera del medico e il diritto di costui ad essere mantenuto in servizio. Qui le norme del giure comune stanno tutte contro la opposta pretesa che il medico volesse vantare. Per vero, il rapporto locativo fra lui e il consorzio non ha potuto sorgere se non disciplinato da quelle precise condizioni che legge e regolamento hanno creduto di determinare, le quali furono quindi, di necessità, dedotte in contratto. Ne viene che la norma dell'art. 16 relativa all'acquisto della stabilità deve essere conciliata con quelle peculiari disposizioni: donde la conclusione che il medico consorziale, dopo il triennio di prova, avrà bensì diritto a non essere licenziato se non per giustificati motivi, ma solo fino a quando il consorzio non sia legittimamente modificato o risolto. La posizione è dunque affatto diversa da quella in cui viene a trovarsi il medico comunale nel cui contratto non fu preveduta l'ipotesi della costituzione di un consorzio e che per effetto della stabilità, cioè della conversione in stato definitivo di quella condizione di cose che ha durato senza interruzione pel triennio, ha acquistato il diritto di non essere licenziato *nisi ex iusta causa*. Illogici saremmo pertanto se giungessimo ad altro risultato, fuorviando dai principi direttivi che ne guidano in queste controversie.

***

b) Posto adunque che la costituzione coattiva di un consorzio sanitario non può ritenersi un « giustificato motivo » di licenziamento del medico comunale, divenuto stabile a sensi dell'art. 16 della legge del 1888, non sarà però a concludere che la costituzione medesima debba essere considerata come un *factum principis* implicante un caso di forza maggiore che, a sensi dell'art. 1226 del codice civile, permetterebbe al Comune di liberarsi dall'obbligazione contratta verso il medico senza indennità? Questione assai più grave della precedente, sulla quale ci siamo limitati altra volta ad esprimere l'avviso nostro (*Filangieri*, 1900, 76), e che non ci atterremo neppur qui di risolvere in via generale. Certo il dubbio è serissimo. Come potrebbe farsi carico al Comune della inosservanza della convenzione stipulata col sanitario, quando l'inosservanza medesima è dipesa da un ordine dell'autorità superiore, cui esso non poteva resistere, o in ogni modo da una causa estranea a lui non imputabile? (art. 1225, 1226 c. c.). Ma, d'altro canto, dagli art. 2 e 4 della legge 20 marzo 1865 si deduce chiaramente che al privato compete l'azione giudiziaria contro gli atti della pubblica amministrazione che ledano un diritto. Ora, il diritto può essere fondato non solo sulla legge, ma anche su un contratto: e se si comprende che niuno potrebbe lamentarsi della perdita di un'utilità derivantegli da un contratto, quando causa della perdita è una nuova disposizione di legge (Coviello, in *Foro it.* 1895, I, 67), dovrà dirsi lo stesso dell'atto amministrativo, per ciò solo che emana da un ente che sta all'infuori e, se pur vuolsi, al disopra di quello che ha assunto il vincolo col privato? Da qualunque autorità emani l'ordine, nei rapporti col privato contraente non deve sempre spiegare efficacia il principio, accolto dai più, che facendo una netta distinzione fra atti del potere legislativo e atti del potere esecutivo, riconosce le caratteristiche della forza maggiore ai primi, ma non ai secondi? (Cfr. Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, III, n. 115 e sgg.; Coviello, *l. c.*) Dicemmo già che non tenteremo neppure di risolvere la controversia; nè sarebbe possibile entro i confini di questa modesta annotazione. Solo vogliamo osservare che la giurisprudenza fu talvolta riluttante ad ammettere la efficacia della *vis maior* persino in riguardo a talune disposizioni legislative; e v. g. la Corte di Roma (29 ottobre 1893, in *Temi rom.* 1893, 499) ha posta la distinzione che « il fatto del principe costituisce un caso di forza maggiore solo quando, esplicandosi nella sfera di un interesse d'ordine generale, regola rapporti giuridici pubblici o privati: quando invece il legislatore, pur avendo in mira, secondo la sua normale funzione, un interesse generale, provvede però più specialmente ad un interesse particolare di un ente, sia col rimuovere una condizione di cose giudicata esiziale, sia coll'esaudire giusti reclami ed istanze

non puossi a meno di concordare coll'opinione secondo la quale il diritto alla stabilità per i medici non sia sconfinato, bensì sia contemperato e circoscritto dalle conseguenze di altri diritti dalla legge medesima assodati, e specialmente di quello di poter licenziare il medico per motivi giustificati, il che posto, eziandio la pretesa per un risarcimento deve venire meno.

Or bene appunto un motivo giustificato di licenziamento vi sarebbe quando il Comune deve sottomettersi all'imposizione dell'autorità tutoria, verificandosi allora il vero caso di una forza a cui non si potrebbe re-

---

allora la legge od il fatto del principe non può definirsi come caso di forza maggiore ». Questa decisione fu, in realtà, annullata dalla C. S. di Roma (14 dicembre 1894, in *Foro it.* 1895, 67), e doveva esserlo, perchè, nella specie, l'invocato fatto del principe era una legge dello Stato: ma ciò non toglie valore al ragionamento della Corte d'appello volta che lo si riferisca a semplici atti del potere esecutivo.

Checchè sia di ciò, è indubitato che non qualsivoglia caso di costituzione di un consorzio sanitario potrà essere addotto dal Comune per esimersi dall'adempimento delle obbligazioni contratte verso il proprio medico. Così se il Comune abbia esso medesimo provocata dalla competente autorità la formazione del consorzio, reputiamo per fermo che non gli sarebbe lecito invocare, per sfuggire all'indennità, il decreto prefettizio emanato a sensi dell'art. 15 l. s. Dice assai bene in proposito il citato COVIELLO: « Se il contratto è stato conchiuso dalla Provincia o dal Comune e la disposizione che ne impedisce l'adempimento deriva appunto dall'autorità pubblica della Provincia o del Comune stesso che si è obbligato, allora a me sembra che la Provincia o il Comune siano tenuti sempre all'indennità per l'inadempimento: perchè rispetto a loro non può farsi distinzione tra norma legislativa ed atto amministrativo, ma tutti gli atti hanno l'indole amministrativa, appartenendo il potere legislativo esclusivamente allo Stato. Talchè, contro qualsivoglia atto della Provincia o del Comune che lede un diritto contrattuale può intentarsi efficacemente l'azione giudiziaria in base all'articolo 4 della legge sul contenzioso; e il *factum principis* che si traduca in un atto dell'autorità provinciale o comunale, non può mai costituire caso fortuito ». Per verità, *caso fortuito, forza maggiore* (siano o meno sinonimi) implicano il concetto di eventi del tutto estranei alla volontà di chi se ne vuole giovare, incerti nel loro avverarsi, tali da determinare irresistibilmente una persona ad agire o da impedirle di ottenere quegli effetti ai quali la sua volontà sarebbe rivolta (Cfr. CHIRONI, *Colpa contr.* 34; GIORGI, *Obbl.* II, 8; PIOLA, *Forza maggiore*, nel *Dig. ital.*). L'art. 1225 c. c., per esimere il debitore dal risarcimento del danno derivante dalla inosservanza dell'obbligazione, vuole che l'inosservanza sia derivata da causa estranea *non imputabile* al debitore; e dottrina e giurisprudenza riconoscono concordi che in tanto un evento può costituire una *vis maior*, in quanto non sia *imputabile* alla persona che l'allega, e questa non potesse in verun modo impedirlo o resistervi. Non vi ha dunque forza maggiore quando chi vuole prevalersi dell'evento lo abbia egli medesimo provocato (GIORGI, *Obbl.* II, 143; GIANTURCO, *Inst.*, 177; DEMOLOMBE, XXIV, 557; PIOLA, n. 4; Cass. di Napoli 4 agosto 1892, Manzella c. Prov. di Cosenza, resa in un caso di mutata classifica di strada comunale provocata dal Comune obbligato; Cass. di Torino 21 luglio 1869, in *Giur. it.* 1869, I, 1, 461).

E nemmeno potrà il debitore invocare la *vis maior* quando si sia egli stesso posto in condizione di soggiacere all'influenza dell'evento che impedì l'esecuzione dell'obbligazione. Il fatto allegato dal debitore (ha detto testè la S. C. di Torino) deve essere del tutto scevro da colpa a lui imputabile, nè ad esso deve potersi addebitare neanche la semplice negligenza (9 febbr. 1899, in *Giur. ital.* 1899, I, I, 443; Cfr. C. di Ancona 26 nov. 1898 in *Mon. giur. Bol.* 1899, 316; GIORGI, n. 141; CHIRONI, PIOLA, *ll. cc.*) quale sussisterebbe dove avesse trascurato di esercitare diritti accordatigli dalla legge o di agire nei tempi e modi opportuni (GIORGI, n. 8; COVIELLO, PIOLA *ll. cc.*; C. di Roma 12 dic. 1893, in *Temi R.* 1893, 412; Cass. di Napoli 11 giugno 1892, in *Giurista* 1892, 396; C. di Roma 14 aprile 1888, in *Temi R.* 1888, 237). In applicazione di questi principî giustamente la sentenza che annotiamo ha dichiarato « allo stato delle cose non essere provato che il Comune di Germignaga siasi trovato nello stato di vera coazione nell'attuare il consorzio, dal punto in cui per esimersene non ha ricorso al Ministero dell'Interno, come ne aveva la facoltà, precisamente per l'art. 16 della legge e per l'art. 42 del regolamento, e tanto meno ha ricorso al Consiglio di Stato, come ben poteva per le analoghe norme in altre leggi e regolamenti stabilite ». La Corte di Milano, nella ricordata causa Parravicini c. Comune di Castione, pur facendosi carico della circostanza che il Comune avesse reclamato alla Giunta P. A., soggiunge che il medesimo non era certo tenuto a proseguire negli altri gradi di giurisdizione e che d'altronde, trattandosi di un'ingiunzione perfettamente conforme alla legge, « è una vana pretesa quella del dott. Parravicini che dovesse il Comune sprecare il denaro dei contribuenti per invocare giustizia e sostenere una causa infondata ». A ciò è facile rispondere che il provvedimento dell'autorità amministrativa può bene essere legittimo e tuttavia produrre lesione del diritto, anche contrattuale, di un privato, cui è concesso dolersene avanti al giudice, il quale, riconosciuta l'esistenza del diritto e la lesione cagionata dall'atto, deve condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno, senza curarsi d'altro (COVIELLO, *l. c.*). I precedenti giurisprudenziali favorevoli alla validità dell'atto non contano, perchè, come ben dice la C. S.

sistere, e così il vero caso di forza maggiore.

Nè giova il dire che l'autorità tutoria pur sempre rappresenti il Comune, e quindi che le cose siano pur sempre come se di un fatto del Comune fosse questione, poichè, se così potrebbe essere nei casi in cui indubbiamente trattisi di violazione di un diritto del privato, così non sarebbe nel caso presente, in cui a sua volta eziandio l'autorità tutoria esperisce un diritto che le appartiene, conseguente all'obbligo di provvedere per la pubblica assistenza, quale diritto appunto contempera e circoscrive quello del medico e lo rende inattuabile coll'esulare del servizio comunale.

Nè si potrebbe obbiettare osservando che il servizio consorziale, comprensivo del comunale, non impedisca di dover dare un bonifico al medico condotto comunale rimasto privato della sua stabilità, poichè ammettendo ciò si andrebbe contro la legge, che ha voluto che venisse imposto il consorzio a vantaggio e non a detrimento dei Comuni, e così eziandio con un riguardo allo stato delle finanze comunali, onde cioè le stesse finanze riescissero ad assicurare la medica assistenza, la quale in sostanza sarebbe il principale obbiettivo della legge sanitaria.

Con questo mezzo si sostiene che ad ogni modo allo stato delle cose non sia provato che il Comune di Germignaga siasi trovato nello stato di vera coazione, nell'attuare il consorzio, dal punto in cui per esimersene non ha ricorso al Ministero dell'interno, come ne aveva la facoltà, precisamente per l'art. 16 della legge e per l'art. 42 del regolamento, e tanto meno ha ricorso al Consiglio di Stato, come ben poteva per le analoghe norme da altre leggi e regolamenti stabilite.

Ed in questo il dottor Rossi ha ragione, perchè non si può contestare che il Comune

---

« ogni contesa ha un essere suo proprio e quindi solo il responso relativo potrebbe spiegare influenza ». E nemmeno può invocarsi l'abusato principio *qui iure suo utitur neminem laedit*. I contratti debbono essere eseguiti di buona fede ed obbligano a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano: e se è libero il Comune di accettare le disposizioni dell'autorità superiore anche quando lo conducano all'inadempimento di un obbligo contrattuale, non è giusto nè equo che possa poi invocare il precetto dell'autorità per sfuggire alle conseguenze dell'inadempienza medesima. Il Comune è in colpa per non aver fatto quanto stava in lui a fine di mantenere integro il contratto stipulato col medico: forza maggiore, *vis cui resisti non potest* non si concepisce laddove al provvedimento dell'autorità si poteva legalmente resistere e non si è resistito.

La responsabilità del Comune pel licenziamento del medico, consecutivo alla costituzione del consorzio sanitario, non solo può sorgere dall'aver esso negletto di resistere all'ordine superiore, ma altresì da cause successive inerenti al regolamento della condotta consorziale. Come abbiamo altra volta osservato, allorchè debba costituirsi il consorzio fra Comuni uno dei quali sia già fornito di medico stabile, il Comune provveduto ha senza dubbio modo di impedire la lesione del diritto del proprio sanitario. Dice infatti la legge: « I Comuni che per le loro condizioni economiche, per la loro speciale posizione topografica e per il numero esiguo di abitanti non sono in grado di provvedersi di un proprio medico-chirurgo . . . . sono obbligati a *stipendiarlo*, uniti in consorzio con altri Comuni », ecc. Donde già noi rilevammo che la costituzione del consorzio consente sia tenuta in questo riguardo la condizione del medico divenuto stabile in altro dei Comuni consorziati e che pertanto il Comune provveduto ha diritto e dovere di proporre che al disimpegno della condotta consorziale venga prescelto il proprio sanitario e, in caso di dissenso della rappresentanza del consorzio, troverà presumibilmente ragione presso la competente autorità. Donde ancora il GIAVAZZI trae la conseguenza più rigorosa che l'ufficio di medico del consorzio *debba* spettare al medico divenuto stabile, giacchè « essendo possibile di soddisfare alle esigenze del servizio sanitario, che vuole la costituzione del consorzio, ed anche rispettare la stabilità del medico, ad esso addossando la condotta consorziale, non v'è ragione per cui si renda inefficace la disposizione di legge che tale stabilità al sanitario concede ». Intorno al duplice rapporto che legherà il medico comunale stabile assunto dal consorzio e a questo e al Comune e intorno al modo in cui l'intende il GIAVAZZI, molto dovremmo dire che qui non trova posto. Comunque, è certo che sarebbe in colpa il Comune il quale non tutelasse coi mezzi consentitigli dalla legge le ragioni del proprio medico ad essere incaricato della condotta consorziale, e se il consorzio procedesse alla nomina di un sanitario diverso, non potrebbe il magistrato rifiutare al medico licenziato una congrua indennità.

Ma è tempo di chiudere questa ormai troppo lunga annotazione. La quale non sarà stata inutile se avrà invogliato alcuno, meglio di noi competente, a un più profondo studio delle questioni che formarono oggetto delle sentenze da noi commentate, questioni elegantissime sotto l'aspetto giuridico e assai importanti, dal punto di vista pratico, per quei benemeriti funzionari che sono, in genere, i medici condotti italiani.

così potesse fare tuttora, dopo le subìte imposizioni, e quindi che la vera coazione non si fosse verificata.

Ed in proposito certo non regge quello che disse la Corte d'appello, che cioè il Comune di Germignaga non avesse veste per fare ciò, perchè appunto la veste la riceveva dalle accennate disposizioni di leggi e di regolamenti, onde è che sotto a questo riguardo la sentenza denunciata deve essere cassata; neppure valendo, in favore del Comune, l'osservazione che trattisi dell'operato del Commissario regio e che l'opinione del Consiglio di Stato già fosse nota per i precedenti analoghi responsi contrari alla tesi del dottor Rossi, poichè il Commissario regio non rappresenta che il Comune, ed ogni contesa ha un essere suo proprio, e quindi solo il responso relativo poteva avere un'influenza.

P. q. m., ecc.

—

FIRENZE, 22 dicembre 1900 — *Pres.* Cesarini — *Est.* Giordano — Farsetti Donati c. Bondi.

L'esistenza tra due fondi d'un fosso di proprietà di terzi, se impedisce il diritto alla comunione del muro, non esonera però dall'obbligo di osservare, costruendo, la distanza di tre metri dal muro medesimo (1).

Col II mezzo la ricorrente censura la denunziata sentenza in primo luogo per falsa interpretazione degli articoli 571 e 590 c. c., e per violazione dell'art. 4 disp. prel. c. c. e dell'art. 436 c. c., perchè la Corte di merito, nell'accingersi ad esaminare l'unica questione della causa, cioè se le disposizioni contenute nei due primi articoli fossero applicabili al caso in disputa, cioè al caso di fondi non contigui, prese le mosse da affermazioni di princìpi stabiliti nel diritto romano circa le servitù costituite per fatto dell'uomo, per valersene come argomenti esplicativi dei predetti due articoli, mentre trattavasi di una servitù legale, cioè di una prescrizione limitativa del diritto di proprietà, e che non può quindi ritrovarsi all'infuori del testo della legge, che l'ha creata ed imposta; e però, fuorviata da tali preconcetti, la detta Corte erroneamente interpretò i due articoli già mentovati (*omissis*).

Ora non regge punto la prima censura. Difatti la Corte di merito, per risolvere la questione se fossero applicabili al caso in disputa le disposizioni degli art. 571 e 590 c. c., cominciò coll'affermare il principio che in tutte le servitù prediali sia legali sia costituite dal fatto dell'uomo, la contiguità dei fondi non è necessaria se non quando sia condizione di fatto indispensabile per l'esercizio di esse, come accade per le servitù di appoggio, di immissione di travi e simili; e tale principio desunse non solo dalle fonti del diritto romano, ma altresì dall'art. 531 c. c., col quale articolo il legislatore, nel definire la servitù, non esige come requisito necessario la contiguità nè la vicinanza; ed aggiunse a tale proposito, che nella discussione del corrispondente articolo del progetto del codice civile napoleonico fu soppressa la qualifica di *vicini*, che qualcuno proponeva di stabilire riguardo ai fondi dominante e serviente. Premesse queste osservazioni generali, la Corte di merito, passando all'esame delle disposizioni contenute nei citati art. 571 e 590 c. c., osservò poi che, rettamente interpretando tali disposizioni, per la servitù legale della distanza di tre metri, che deve intercedere tra gli edifizi dei privati, non occorre che l'estremo della contiguità degli edifizi.

Così giudicando, la Corte di merito non solo non violò le norme contenute nell'articolo 4 disp. prel. e nell'art. 436, in forza delle quali le regole riguardanti le servitù legali, che sono limitative del diritto di proprietà, non possono estendersi oltre i casi e tempi dal legislatore indicati, ma si uniformò esattamente alla lettera ed allo spirito delle disposizioni contenute nei citati articoli 571 e 590 c. c. Si uniformò alla lettera di tali disposizioni, perchè l'art. 571 parla di fabbrica del vicino, e non di fondo *contiguo*, e l'art. 590 esso pure non richiede la contiguità, anzi la esclude, parlando di vedute verso il fondo vicino. Si uniformò allo spirito delle disposizioni di cui trattasi, perchè la servitù legale della distanza di tre metri, che deve intercedere tra gli edifizi dei privati, è stabilita per ragioni d'igiene, e di ordine pubblico, e tali ragioni non vengono meno, se tra due edifizi esistono uno o più fondi intermedi, purchè i due edifizi sieno in vista l'uno dell'altro. Una sola eccezione fa il legislatore cogli art. 587 e 588 c. c. per le piazze, o vie o strade pubbliche, essendo le piazze e le vie pubbliche destinate sia al passaggio delle persone, sia allo scopo di dare accesso e luce a tutte le case che le fiancheggiano; ma, appunto perchè trattasi di una eccezione, non applica-

(1) Cfr. LION, *Muri, edifizi e fossi comuni*, nella *Enciclopedia giuridica*, p. 673, n. 106; Cass. Firenze, 18 febbraio 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 436) anche nel caso che il fosso sia comune ai due proprietari. In senso contrario, per l'ipotesi che il fosso sia proprietà esclusiva di chi richiede la comunione, A. Torino, 5 giugno 1876 (*Giur. tor.*, 1876, 663). — Per qualche relazione, v. Cass. Torino, 7 settembre 1900, in questo stesso fascicolo, p. 213.

bile al caso in disputa, perchè il suddetto fosso comunale non è una via pubblica, non non può estendersi ad altri casi.

Nè vale opporre che l'obbligo dei tre metri fra gli edifizi dei privati, sussista soltanto quando il vicino di colui che fabbrica una casa od un muro di cinta sul confine della sua proprietà, ovvero ad una distanza minore di un metro e mezzo, abbia la facoltà od il corrispettivo di chiedere la comunione del muro e di fabbricare fino contro il medesimo, poichè l'art. 571 non stabilisce affatto tale reciprocità, disponendo invece che se il vicino non vuole profittare della detta facoltà deve fabbricare in modo che vi sia la distanza di tre metri dal muro dell'altro, e che lo stesso ha luogo in tutti gli altri casi, in cui la fabbrica del vicino si trova distante meno di tre metri dal confine, ed in tali casi non può non comprendersi quello in cui il vicino non possa rendersi comune il muro per la esistenza di un fondo intermedio, non venendo meno in tal caso, come di sopra si è detto, le ragioni d'igiene e di sicurezza, in forza delle quali il legislatore ha stabilito che tra gli edifizi dei privati interceda almeno la distanza suddetta.

Nè vale altresì citare in contrario l'articolo 589 che è richiamato dal successivo 590, e che dispone che trattandosi di vedute dirette la distanza si misura dalla faccia esteriore del muro, e, se vi sono balconi od altri simili sporti, dalla loro linea esteriore sino alla linea di separazione dei due fondi, la quale quindi include l'idea di contiguità, poichè il richiamo dell'art. 589 nell'articolo seguente risulta chiaramente fatto soltanto per stabilire il modo di misurare la distanza di tre metri.

P. q. m., rigetta.

—

ROMA, 18 dicembre 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Basile = Finanze c. Fabbricerie della Provincia di Padova.

I proventi derivanti ad una Chiesa, dalle elemosine dei fedeli, sono soggetti a imposta, a sensi dell'art. 3 lett. e legge 24 agosto 1877 sulla imposta di R. M. (1).

Fondato anzitutto è l'appunto che con esso si fa sui falsi canoni adottati dalla Corte d'appello, circa la interpretazione restrittiva a darsi alle leggi tributarie: dappoichè l'antica regola, « in dubiis questionibus contra fiscum facile responderit », non è più attendibile ora che le tasse vengono decretate non dall'arbitrio di un solo, ma votate dal potere legislativo che si inspira ai bisogni della nazione ed al principio della uguaglianza fra i cittadini nel concorrere ai carichi dello Stato, proclamata dallo Statuto del regno. Parimenti fuori luogo la sentenza denunziata ha voluto attribuire alla legge un senso diverso da quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore, che quando, per la chiarezza della legge, non è necessario, diviene arbitraria; molto meno poi occorre fare distinzione dove essa pensatamente non ha voluto distinguere.

Se la Corte d'appello non fosse stata preoccupata da tali concetti, sarebbe certamente venuta in diversa sentenza. E per verità, se di fronte alla formula ampia e comprensiva della lettera *e* dell'art. 3 della legge, che impresse il carattere di reddito tassabile ai proventi, anche avventizi e derivanti da spontanee offerte fatte in corrispettivo di qualsiasi ufficio o ministero, quel Collegio avesse adoperate le norme ordinarie di interpretazione, senza fare distinzioni da quella non fatte, nello stesso modo in cui si è persuaso che fra tali proventi dovessero entrare le offerte vincolate, avrebbe dovuto del pari comprendervi le offerte libere che esso escluse, perchè per le offerte fatte dai fedeli alla chiesa per questa o quella funzione di culto, il lasciarne alla medesima l'adempimento in una anzichè in un'altra opera, si risolve in una mera accidentalità di fatto, che non modifica la natura dell'oblazione del provento: e siano esse libere o vincolate, ricadono pur sempre nella disposizione della legge, rappresentando ugualmente tanto l'una quanto l'altra un utile provento, profitto, entrata o reddito che dir si voglia, i quali diventano tassabili avendo il loro corrispettivo in quelle opere o funzioni che la chiesa, che li percepisce, sarà per adempiere secondo la intenzione presunta od espressa dell'offerente.

Che se, in vista delle discrepanze avveratesi nella giurisprudenza sotto l'impero della legge 1864 sulla tassa relativa alla elemosina per messe e pei proventi di stola bianca e nera, la legge del 1877 ha voluto troncare ogni dissidio, non può però dedursi che a tali speciali elemosine sia stata unicamente ristretta la modificazione avvenuta, risultando chiaramente dalle discussioni parlamentari che si volle eliminare, per l'avvenire, ogni possibilità di dubbio, ed

(1) È la prima volta che la C. S. è chiamata a pronunziare sulla controversia, che ha deciso (a parer nostro) esattamente. Cfr. Trib. Bergamo. 2 dicembre 1897 e Comm. centrale per le imp. dir., 6 giugno d. a. in *Filangieri*, 1898, 304, 79. — Contra A. Brescia, 20 luglio 1898, *Ib.*, 1898, 772.

impedire che simili contestazioni potessero sollevarsi per ogni altra offerta od oblazione, anche se senza alcuna limitazione; sottoponendole a tassa indistintamente, e ritenendo, per offerte fatte in corrispettivo di qualsiasi ufficio o ministero e quindi tassabili, tutte quelle che venissero fatte in contemplazione o ad occasione dell'ufficio o ministero tenuto dal percipiente, e tendessero ad accrescere i mezzi patrimoniali, onde metterlo in grado a meglio assolvere il suo compito, sebbene l'utile o profitto fosse semplicemente avventizio, e mancasse l'obbligo di darlo ed il diritto a pretenderlo, come d'altronde è confermato dall'art. 8 della legge del 1877, che vuole compresi fra i redditi tassabili anche i proventi variabili od eventuali, derivanti dall'esercizio di qualsiasi professione, occupazione materiale od intellettualle; e dall'art. 50 del regolamento 1894 che vi comprende i proventi, anche se avventizi, derivanti da spontanee offerte in corrispettivo di qualsiasi ufficio o ministero. E se furono assoggettate alla tassa le offerte per messe ed i proventi di stola bianca o nera, che rappresentano gli atti più solenni di culto, per parità di ragione non potevano andarne esenti le elargizioni di qualsiasi natura fatte dai fedeli alle fabbricerie nelle cassette delle chiese, che sono dirette al medesimo intento.

Che se adunque in qualunque offerta spontanea fatta alle chiese, è sempre insito un corrispettivo della prestazione delle opere di culto alle quali esse provvedono, deve riscontrarsi un provento tassabile, di cui alla lettera ed allo spirito della legge, dappoichè se non può dubitarsi che il sentimento religioso sia il principale coefficiente di queste oblazioni od offerte, non per questo è meno vero che, fatta ed accettata la offerta, venga a sorgere un vero e proprio rapporto contrattuale, per quanto d'indole unicamente morale, per il quale la somma che si offre spontaneamente per essere adoperata ai fini cui l'ente intende debba da costui essere adoperata a tale uso; si ha quindi il corrispettivo dovuto al donante e prestato dal donatario. E se per effetto di codeste elargizioni la chiesa trova aumentato il proprio reddito, è indubitato che questo non può sfuggire alla tassa, quando anche sia incerto ed eventuale, e manchi il titolo giuridico a poterlo conseguire; la qual cosa non è rilevante non essendo necessario che la ricchezza sia dovuta per aversi il reddito tassabile quando essa di fatto esiste; nè siffatto reddito può venir meno per la successiva erogazione che ne faccia la chiesa, essendo risaputo che la legge lo colpisce nel momento della sua produzione, senza riguardo all'uso che poscia se ne sia fatto; e se poi l'erogazione produca in favore di altre persone un altro reddito, debbono esse pure sottostare alla relativa tassa, senza pericolo di duplicazione, essendo l'un reddito indipendente dall'altro.

Che se poi non può considerarsi quale reddito mobiliare tassabile il legato, la donazione e la elemosina fatta per le strade ai mendicanti (la cui miserevole condizione non può seriamente elevarsi ad ufficio o ministero), i quali sono fatti unicamente per beneficare, senz'altro maggiore e diverso intento, non deve da ciò dedursi che debbano del pari essere esentate le oblazioni ed i proventi di cui si tratta, che sono diretti a raggiungere, come mezzo al fine, un determinato scopo e vincolano moralmente il percipiente ad adoperarsi perchè lo si raggiunga.

P. q. m., cassa.

TORINO, 6 dicembre 1900 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Zamboni - *P. M.* Garelli = Ferrovie del Mediterraneo c. Foresti.

1. *Il pagamento del porto e il ricevimento senza riserva delle cose trasportate estinguono ogni azione contro il vettore, salvi però gli effetti d'una protesta regolarmente fatta prima del ricevimento stesso* (1).

2. *È azione* ex contractu *non* ex delicto *quella promossa contro il vettore pel risarcimento del danno derivante da colposo ritardo nella riconsegna della cosa trasportata.*

Si sostenne che il tribunale ha violato gli articoli 415 del cod. comm., 134 delle tariffe e condizioni di trasporto e art. 4 delle condizioni per l'applicazione delle tariffe speciali perchè ha ritenuto che l'estinzione dell'azione da detti articoli comminata non spiega effetto quando esiste una protesta del destinatario anteriore alla riconsegna delle cose spedite; mentre che per i detti articoli le riserve devono essere contemporanee al ritiro della spedizione, e se in quel momento non intervengono, l'azione pel risarcimento dei danni rimane estinta anche nel caso che sussista una protesta anteriore, la quale resterebbe invalidata dal posteriore incondizionato ricevimento della spedizione.

In proposito si rileva che per le disposizioni contenute negli articoli surricordati il

(1) La stessa Corte, con sentenza 10 ottobre 1894 (*Filangieri*, 1895, 207) ha ritenuto però che la protesta deve essere specifica: non basta una protesta generica, specialmente se fatta quando la merce era ancora in viaggio.

pagamento ed il ricevimento senza riserva delle cose trasportate, meno il caso contemplato nell'art. 415 alinea c. comm., estinguono ogni azione contro il vettore e se da ciò ne viene che riserve e proteste non possono utilmente farsi dopo il ricevimento della merce, non risulta però escluso che possono utilmente essere fatte prima, in quanto dalla lettera delle disposizioni non appare che la riserva debba sempre ed in ogni caso essere contemporanea al ricevimento. Non si disconosce che di regola il momento più opportuno per fare la riserva è quella del ricevimento della merce; ma nella varietà delle circostanze sotto le quali si verificano i trasporti, non può non avere efficacia una riserva anche anteriore al ricevimento, quando dalle circostanze sia giustificata e purchè vi sieno fondati motivi per ritenere che all'atto del ricevimento della merce non siasi alla fatta riserva rinunciato.

Ma oltre la lettera anche lo spirito delle accennate disposizioni suffraga tale assunto: il ricevimento ed il pagamento estinguono ogni azione perchè la legge suppone che colui che paga e riceve la merce sia soddisfatto dell'opera del vettore, e perchè costituendo il ricevimento della merce l'ultimo atto dell'operazione di trasporto, quando vi ha ricevimento senza riserve si presume che tutto siasi esaurito; senonchè tale supposizione e tale presunzione devono venir meno qualora vi sia già una precedente protesta del destinatario che sta a dimostrare la di lui volontà di esercitare l'azione per un risarcimento di danni a causa dell'operato del vettore, il quale viene così ad essere avvisato in tempo da poter provvedere alle sue difese.

Ove poi si rifletta che nel caso concreto la ditta Foresti, recatasi in seguito all'avviso ricevuto nel 10 nov. con carri e persona alla stazione per ritirare il vino spedito, fece le sue riserve tostochè venne informata che non si poteva subito averne la consegna perchè il vagone col serbatoio di vino già arrivato era stato per errore avviato su altra linea, e tale riserva la fece con atto di diffida a mezzo d' usciere notificato al capo stazione; e che la consegna fu eseguita tosto ricondotto in stazione il vagone la mattina successiva dell' 11 novembre; ove si rifletta che la protesta pei danni a causa del ritardo fu fatta dal rappresentante della ditta Foresti in termini chiari ed espliciti, e sebbene sapesse che la merce gli sarebbe stata consegnata nella mattina successiva; che la ditta Foresti, nel giorno 10 dopo avvenuto lo svincolo della merce e dopo ritirato il bollettino stato rilasciato nella credenza che il vagone fosse in stazione, e dopo accertato che non vi era, colla fatta diffida e protesta volle conservare integro il suo diritto al risarcimento dei danni dagli effetti d'una successiva consegna fuori termine, ove si rifletta infine che la riserva e diffida fu fatta poche ore prima del ricevimento della merce; tali risultanze addimostrano come la ditta Foresti col ricevere la merce non abbia inteso di rinunciare alla già fatta protesta, e come perciò debba questa conservare la sua efficacia.

Nè la tesi del ricorrente potrebbe trovare conforto nell'invocata sentenza di questa Corte 10 ott. 1894; perchè le circostanze di fatto in allora prese in esame si presentavano ben diverse, trattandosi di protesta fatta alla stazione di partenza, per cui essendovi stati più vettori, non era certo che colui che ha consegnato la merce ne avesse notizia, e trattandosi di protesta in genere redatta in modo vago ed equivoco e colla possibilità che non fosse neppure ricordata dal protestante quando ha ricevuto la merce. Il I mezzo deve quindi riconoscersi infondato.

Si sostenne la falsa applicazione dell'articolo 1151 del cod. civ. perchè la sentenza denunciata ha ritenuto che l' azione promossa dalla ditta Foresti trovava il suo fondamento nella colpa aquiliana mentre invece l' azione spiegata per l' asserto ritardo a consegnare la merce deriva dal contratto di trasporto. E su ciò il ricorrente ha piena ragione. Il tribunale ravvisò il fondamento dell'azione di danno proposta dalla ditta Foresti nell'art. 1151 c. c., nella regola generale che chiunque arreca danni ad altri è tenuto a risarcirli, perchè la non avvenuta consegna della merce non derivava da ritardi fortuiti che la legge speciale prevede, ma unicamente da errore, da negligenza degli agenti ferroviari, da colpa speciale, le conseguenze della quale non sono contemplate dalla legge particolare.

Ma questa motivazione contiene più errori. Invero il contratto di trasporto comprende due operazioni: il trasporto della merce da un luogo in un altro e la consegna della merce al destinatario; e risulta chiaro dall'art. 129 delle tariffe di cui alla legge 27 aprile 1885 alleg. *D*, che la responsabilità dell'Amministrazione ferroviaria per avarie, perdite o ritardi comincia dal momento del rilascio della ricevuta delle cose da trasportarsi, e cessa, per le merci da ritirarsi, alla stazione d'arrivo, come nel caso in questione, dal momento che i destinatari ne hanno ricevuta la consegna, e conseguentemente qualunque fatto dannoso che avviene fra la consegna e la riconsegna della merce costituendo un inadempimento del contratto di trasporto deve soggiacere alla stessa legge del contratto.

La ditta Foresti ha ricevuto la effettiva consegna del vino trasportato nel giorno

11 novembre, non potendosi equiparare a consegna lo svincolo della merce avvenuto per errore nel giorno 10 quando il vino non era in stazione, nè poteva in quel momento essere effettivamente consegnato; ed essendo il fatto dello sviamento del vagone avvenuto prima della consegna, l'azione della ditta Foresti per ottenere il risarcimento del danno non può davvero trovare il suo fondamento nell'art. 1151 c. c., ma solo nelle disposizioni generali e speciali che regolano il contratto di trasporto.

E siccome l'azione *ex contractu* e l'azione aquiliana si basano sopra principî diversi e diverse ne sono anche le conseguenze che ne possono derivare, così la denunciata sentenza deve perciò solo essere cassata.

—

ROMA (sez. un.), 28 novembre 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Basile = Finanze c. Vitale.

È di esclusiva competenza delle autorità tecniche e amministrative di cui agli art. 1-4 della legge 13 nov. 1887 sul procedimento per le controversie doganali, *il conoscere delle controversie circa la* qualificazione delle merci *agli effetti dell'applicazione delle tasse di Dogana* (1).

Respinto dalla Sezione civile di questa Corte, con sentenza di pari data, il I motivo del ricorso, non può non riconoscersi fondato, dalle Sezioni unite, il II motivo, imperocchè, limitata unicamente, come fu, la questione alla qualifica della merce, se cioè dovesse la medesima ritenersi vernice a spirito, come era stata indicata nella dichiarazione d'importazione e nell'ordine di rilascio del vettore, e come sosteneva il Vitale, ovvero spirito puro truccato con poca gomma lacca, facilmente eliminabile, come riteneva la Dogana, la controversia così circoscritta esorbitava manifestamente dalla competenza giudiziaria.

E per verità i primi 9 articoli della legge 13 nov. 1887, che regola il procedimento delle controversie doganali, contemplano tutti il caso in cui sorga contestazione fra contribuente e Dogana rispetto alla qualificazione delle merci: e tracciano la procedura, che, obbligatoriamente, deve seguirsi fino alla determinazione ministeriale che risolve in modo definitivo la controversia, il successivo art. 10 poi regola e prescrive una modalità che deve seguirsi nei processi contravvenzionali per erronea dichiarazione della qualità della merce, che deve essere risoluta definitivamente dal Tribunale, dopo la determinazione ministeriale sul processo contravvenzionale.

Debbonsi quindi tenere ben distinti e separati i casi nei quali si controverte sulla qualifica della merce, ovvero sulla contravvenzione per la erronea dichiarazione della medesima.

Dall'avere confuso queste due diverse ipotesi è derivato l'errore in cui sono incorsi i giudici di merito, i quali hanno affermata la competenza giudiziaria in base agli articoli 116 e 117 della legge 26 genn. 1896, ed all'art. 354 regolamento 13 febb. detto anno, che riguardano e regolano unicamente la competenza giudiziaria per l'applicazione delle multe e pene nei casi di contrabbando e contravvenzioni doganali, non già le controversie per la qualifica delle merci, le quali sono regolate esclusivamente dalla legge del 1887.

---

(1) La sentenza denunziata (20 dicembre 1899) della C. app. di Napoli, aveva ritenuto il contrario osservando: « gli art. 1, 2 e 10 della legge 13 novembre 1877 stabiliscono che, in caso di controversia fra i contribuenti e la dogana, si stende un verbale nel quale sono esposte fedelmente le ragioni delle parti e la dogana deve chiedere a chi solleva la controversia se intende che una copia di esso sia sottoposta alla Camera di commercio, e nei processi contravvenzionali per erronea dichiarazione della qualità della merce, il voto del Collegio e la determinazione del ministro, se ne sia il caso, debbono precedere il giudizio del tribunale. Dunque per codesta legge la competenza ordinaria non è esclusa: ma solo debbono ad essa precedere le pratiche amministrative, se iniziate. Nella legge poi del 1896 è sancito che le multe e le altre pene sono applicate dall'autorità giudiziaria a norma dell'art. 71 c. p. c. per le controversie in materia d'imposte. E prima che il giudice ordinario emetta sentenza, e questa diventi giudicato, il contribuente può con apposito ricorso richiedere l'applicazione della tassa nei limiti del massimo e del minimo a mezzo dell'amministrazione della dogana. Adunque, secondo quest'altra legge, che è la sola da applicarsi per aver coordinato e messo in armonia le precedenti leggi del ramo doganale, la competenza del potere ordinario è designata principalmente nelle relative controversie; e deve essere così, una volta che tutte le questioni d'imposte sono al detto potere devolute: sarebbe stata una inqualificabile eccezione se si fossero sottratti i dazi di dogana.

Questa Amministrazione non contrasta nel merito la disposta perizia, vuole soltanto che l'istruzione sia ampia e rispondente alle possibili ipotesi per la riscossione del dazio, e, quindi, deve estendersi a ben definire se la merce controversa sia vera vernice a spirito ovvero parvenza di vernice per celare vero spirito ».

Parimenti cadde in errore la Corte d'appello nel ritenere essere stata quest'ultima legge abrogata da quelle posteriori, dappoichè nè in quella 8 sett. 1889, nè nelle altre 26 genn. 1896 e 13 febbraio successivo evvi alcuna disposizione che direttamente o indirettamente contenga una revoca alla suddetta legge, perchè possa, in un modo qualsiasi applicarsi l'art. 5 disp. prel. c. c., anzi deve ritenersi essere stata la legge del 1887 esplicitamente mantenuta in vigore dall'art. 212 r. d. 13 febb. 1896, il quale si riferisce appunto alla medesima per la risoluzione delle controversie doganali; dall'art. 9 r. d. 26 genn. 1896 che, regolando alcuni diritti relativi ad operazioni doganali, si riporta alle leggi speciali ed alla tariffa in vigore, che è quella approvata col r. d. 24 nov. 1895: il quale art. 3 dispone che: « per la risoluzione delle controversie fra la Dogana ed i contribuenti, rispetto alla qualificazione delle merci, si deve seguire il procedimento indicato dalla legge 13 nov. 1887 ».

È caduta similmente in errore la sentenza denunziata nell'affermare che colla legge 1896 e relativo regolamento si sieno coordinate e messe in armonia, raccogliendole in unico testo, tutte le precedenti leggi doganali, apparendo chiaramente dal contesto delle loro disposizioni e dalle osservazioni sopra fatte che la legge del 1887 vi fu esclusa.

La giurisprudenza di questo Supremo Collegio ha costantemente applicati i suespressi principî; nè bisogna confondere, come fa il Vitale, la questione della qualificazione delle merci con quella dell'applicazione della tariffa: dappoichè, come giustamente ritenne questo Supremo Collegio nella sentenza del 9 genn. 1891, nelle controversie sul dazio doganale, spetta alla competenza peritale di determinare, con giudizio tecnico-amministrativo, i caratteri e le condizioni materiali della merce, ed alla competenza giudiziaria unicamente spetta l'applicazione della legge di tariffa.

In conseguenza delle cose dette l'autorità giudiziaria non poteva disporre, come fece, giusta le norme del diritto comune, una perizia, e far dipendere dalle risultanze di essa gli ulteriori provvedimenti invocati dalle parti, sulla validità o meno dell'offerta reale, chiesta dal Vitale ed oppugnata dall'Amministrazione, stante la sua incompetenza in ordine al punto controverso della qualificazione della merce.

P. q. m., ecc.

TORINO, 7 settembre 1900 — *Pres.* Mussita — *Est.* Bozzi — *P. M.* Garelli — Ansaldo c. Tubino.

L'esistenza tra due fondi d'una striscia di terreno di proprietà di terzi toglie il diritto alla comunione del muro del vicino (1).

Ammesso, e ad ogni modo ritenuto insindacabilmente dai giudici del merito, in linea di fatto, che la striscia di terreno intermedia tra la proprietà Ansaldo e la casa degli Schiaffino, Valle e Tubino, al cui muro Ansaldo pretende poggiare le sue costruzioni pagando la medianza, appartiene anche a terzi, estranei alla proprietà della casa, la sentenza denunciata ha fatto una retta, legale interpretazione degli art. 571 e 662 c. c., che naturalmente (*sic*) dall'Ansaldo si dicono violati. La limitazione di proprietà, o servitù legale che voglia chiamarsi, di cui al citato art. 571 c. c., sia per la lettera, come per lo spirito di detto disposto di legge, suppone e richiede la contiguità, il contatto delle due proprietà, ma non può estendersi al caso in cui il terreno intermedio, sia pure della misura inferiore al metro e mezzo, appartiene ad altri; nel qual caso non altrimenti si può chiedere ed ottenere la comunione del muro, se non acquistando dal terzo proprietario quel terreno intermediante, come per ugual ragione il proprietario della casa, che non è proprietario del suolo intermedio, non avrebbe la facoltà pur riconosciuta nel citato articolo di estendere il suo edifizio fino al confine della proprietà Ansaldo.

Il ricorrente, partendo dalla circostanza che un tempo casa e striscia appartenevano agli autori della Capurro e degli attuali proprietari della casa, sicchè la Capurro ed ora i suoi eredi Olivari non sono terzi, ma aventi causa dal proprietario originario, viene a sostenere il suo diritto all'acquisto della striscia di terreno e della medianza del muro, ed accusa il tribunale di avere ritenuta personale l'azione da essa spiegata, che è reale.

Ma la vanità di questa argomentazione è facilmente dimostrata. L'art. 571 c. c. suppone un derminato stato o condizione dei luoghi, e cioè l'attuale contiguità delle proprietà, e l'esercizio di una facoltà, vale a dire od acquisto della medianza od osservare una determinata lontananza nelle nuove costruzioni. I due estremi di stato della

(1) Cfr. Cass. Torino, 7 maggio 1890 e App. Catania, 30 giugno 1888 in *Filangieri*, 1890, 2, 378; 1888, 2, 599. LION, *Muri, edifizi e fossi comuni*, nella *Encicl. giur.*, p. 674, n. 107. — V. per qualche relazione Cass. Firenze, 22 dicembre 1900 in questo stesso fascicolo, p. 208.

località e di esercizio della facoltà debbono concorrere contemporaneamente, sicchè di detta facoltà non si può più far uso quando lo stato delle cose è mutato (art. 662 c. c.), comunque tale mutamento sia avvenuto, e cioè per divisione fra coeredi, per alienazione od altrimenti in modo legale.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

PALERMO, 3 luglio 1900 — *Pres.* Majelli — *Est.* Pitini — *P. M.* Gionfrida = Sinopoli c. Comune di Nicosia.

Basta un solo deposito quando unico è il ricorrente e unica la sentenza contro cui si ricorre, se anche si impugnino capi diversi della sentenza medesima, contro persone diverse (1).

I resistenti in linea preliminare hanno eccepito la inammissibilità del ricorso, per essere accompagnato da un solo deposito, quantunque si tratti di due ricorsi, uniti bensì in unico atto, ma diretti contro due capi della sentenza, riguardanti due distinti enti, aventi interessi separati e basati sopra motivi anche diversi.

Sulla quale pregiudiziale il Supremo Collegio ha osservato:

Che unica è la sentenza impugnata, unico il giudizio, e sebbene vi concorsero più persone, pure un solo l'obbietto e la finalità dello stesso, e cioè da una parte il ceto dei creditori che, avendo già ottenuto la liquidazione di tutto o di parte del patrimonio del debitore, si dibatte acciò ognun di essi venga soddisfatto del suo avere, e dall'altro il debitore espropriato che si difende contro tutti cotesti.

Così essendo possono essere diversi i motivi di difesa messi avanti dal debitore, ma unico l'interesse, unico lo scopo, quello che il prezzo ricavato dalla vendita dei suoi beni sia distribuito ai di lui creditori nella minor cifra possibile, e sarebbe assurdo che proponendosi dal debitore ricorso per annullamento di una sentenza emessa in giudizio di graduazione, in cui bene spesso concorrono centinaia di creditori, avverso i quali ricorre, fosse obbligato ad eseguire tanti depositi per multe eventuali nel caso di soccombenza, quanto siano i creditori contro cui ricorre.

Non è a tacersi da ultimo che, versando sull'obbligo del preventivo deposito imposto a chi vuole sperimentare un rimedio accordato dalla legge onde impugnare una sentenza, per sano principio di ermeneutica, nel dubbio, devesi dar luogo ad una larga interpretazione.

(1) Cfr. da ultimo stessa Corte, 7 febbraio 1899, in *Filangieri*, 1899, 519 col richiamo. Contra, ma meno correttamente (a parer nostro), Cass. Torino, 22 maggio 1899 (*Ib.*, 1899, 679).

—

TORINO, 31 maggio 1900 — *Pres.* Arcayne — *Est.* Mussita — *P. M.* Cavalli = Bonfanti c. Banca Popolare Briantea.

Il creditore garantito da una fideiussione parziale e che ha ottenuto dal fideiussore il pagamento della somma corrispondente, non è obbligato a dedurre senz'altro detta somma dal suo credito nell'agire contro il debitore, se consti che anche non facendo tale deduzione egli resterà sempre perdente.

Il ricorso riporta il brano della sentenza denunciata: « sta che la fideiussione fu limitata a L. 10,000, e che la solidarietà non poteva abbracciare la intera obbligazione dell'Attilio Bonfanti, ma non si deve dimenticare che quanto il creditore ebbe a ricevere dal fideiussore va calcolato dopo di quanto viene ad esigere dal debitore principale », e deduce, quale prima censura, questa che, col dichiarare che quanto il creditore viene a ricevere dal fideiussore debba essere calcolato dopo quanto ebbe ad esigere dal debitore principale, è un risolvere la questione con una disposizione che non trova riscontro in verun articolo di legge.

Deduce in secondo luogo il ricorso che l'errore principale della Corte consiste nel non aver dato il giusto peso al fatto che la fideiussione fu prestata limitatamente a L. 10,000, che sino alla concorrenza di questa somma si hanno due coobbligati, l'uno, il debitore principale, l'altro il fideiussore, ma una volta pagata questa somma, oggetto della duplice obbligazione, l'obbligazione medesima scompare; la Banca oltre le L. 10,000 è scoperta della garanzia derivante dalla fideiussione, e non può pretendere che, quanto si è pagato dal fideiussore vada a soddisfacimento del *quantum* oltrepassante il credito delle L. 10,000. Dietro tali considerazioni ed altre consimili i ricorrenti ravvisano lo scambio della fideiussione *parziale* per la *totale*, con violazione degli art. 1898 e 1900 c. c., e sopratutto resterebbero, giusta il ricorso, come non scritti gli art. 1915 e 1916 c. c., a tenore dei quali il fideiussore, che ha pagato il debito, ha regresso contro il debitore principale, e sottentra in tutte le ragioni che il creditore aveva contro il debitore.

Anzitutto il brano riportato dal ricorso non è nè la sentenza nè la motivazione di

essa, ma la sintesi o la chiusa di parecchie anteriori considerazioni, che trovano pieno riscontro nella natura della fideiussione, la cui finalità è quella di supplire al mancato adempimento di una altrui obbligazione nel conforme disposto degli art. 1898, 1907 c. c., negli insegnamenti lasciati dalla Novella quarta Codicis: « si quis crediderit, et fidejussorem acceperit, veniat primum ad eum, qui aurum accepit, debitumque contraxit »: dal che tutto appare che giustamente la Corte avvisò doversi calcolare le somme pagate da tre degli eredi del fideiussore dopo quanto la Banca creditrice avrà potuto percepire dal patrimonio del debitore principale; senza che valga opporre che le L. 7500 siano state sborsate sino dal 22 dic. 1896, avvegnachè la Corte ha ritenuto che il giudizio di graduazione contro il debitore principale era già stato incoato sino dal 1894, e le condizioni del medesimo sono tali che, anche tenuto conto di dette L. 7500, la Banca creditrice non verrà a conseguire l'integrale suo credito.

La Corte del resto aggiunse altre considerazioni, che il ricorso, nel difetto di ragioni per confutarle, ha creduto di preterire, epperò non occorre indugiare nel rigetto della prima censura.

Fermato il principio che le somme corrisposte dai tre eredi del fideiussore, debbono essere calcolate dopo quelle percepite dal patrimonio del debitore principale, erede eziandio del fideiussore nella quarta parte, viene a cadere il resto del ricorso, ed è un gratuito supposto che la Corte non abbia dato il giusto peso al fatto che la fideiussione fu prestata limitatamente a L. 10,000 dal momento che la motivazione della sentenza comincia: « è fuori di ogni contestazione che la fideiussione prestata dal Bonfanti Felice pel subappalto assunto dal nipote Attilio si limita a L. 10,000 »: e finisce colle parole: « sta che la fideiussione fu limitata a L. 10,000 »: e la contestazione si aggirò, non sul pagamento di una somma maggiore o minore, bensì sull'ordine secondo cui il danaro pagato debba essere calcolato, come si è veduto nella questione precedente.

Senza ragione pertanto si è escogitato lo scambio tra la fideiussione parziale e la totale con violazione degli art. 1898 e 1900 c. c., ed i ricorrenti che attribuiscono alla Corte un tale errore, vi cadono essi medesimi, collo scambiare il pagamento parziale del debito col pagamento totale, e col supporre la violazione degli art. 1915 e 1916 c. c.

I ricorrenti non possono trovarsi nelle condizioni nè del primo nè nel secondo. Non nel primo, giusta il quale il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale garantito, onde regola i rapporti fra il fideiussore ed il debitore; non del secondo, a tenore del quale il fideiussore che ha pagato il debito sottentra in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore, e ben si vede che in tali condizioni non possono trovarsi i ricorrenti, avvegnachè, supposto pure pagato integralmente l'importo della fideiussione, la Banca rimane tuttora creditrice di notevole somma verso l'eredità del debitore principale, ed ha per conseguenza diritto a mantenere inalterata la cifra del proprio credito, anche a tutela e difesa dei fideiussori che hanno pagato le L. 7500, per l'ovvia considerazione che, quanto maggiore sarà il ricavo dal patrimonio del debitore principale, altrettanto minore rimarrà la somma scoperta, a soddisfacimento della quale potrà essere provocato il contributo dei fideiussori, fermo che non abbia ad eccedere la somma di L. 10,000.

Inoltre la Corte di merito osserva che, come avrebbe avuto la Banca diritto di proporre l'intiero suo credito nel giudizio esecutivo contro l'eredità del debitore principale, ove non avesse agito contro gli eredi del fideiussore, così non vi era ragione plausibile per un diverso sistema, per avere la Banca frattanto da questi ultimi esatta la somma di L. 7500, ed anzi, accettando la tesi del ricorso, si disconoscerebbe il suo diritto di farsi pagare l'integrale suo credito sui beni del debitore.

Questo diritto trova infatti il suo fondamento negli art. 1948 e 1949 c. c., giusta i quali i beni del debitore sono la garanzia dei creditori; epperò è giuocoforza rigettare anche questa seconda censura.

Ad uguale conclusione è pur d'uopo addivenire circa l'altra parte del ricorso, colla quale presume le ulteriori violazioni degli art. 1186, 1199, 1201 e 1928 c. c.

Riguardo alle medesime, dopo le svolte considerazioni, basta il cenno, che quelle non furono oggetto di discussione sia nella causa di merito, sia nella sentenza, e che neppure il ricorso le svolge, ovvio poi essendo che l'art. 1928 stato invocato segna la condanna dei ricorrenti non appena si rifletta, che se il fideiussore è liberato ove per fatto del creditore non possa aver luogo la surrogazione del primo nelle ragioni del secondo, l'opposto non può non essere conforme a legge ove alla surrogazione sia d'ostacolo lo stesso debitore che non soddisfa il debito.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

NAPOLI, 3 aprile 1900 — *Pres.* Antonucci — *Est.* Cosenza = Maiello c. Maiello.

L'emittente d'una cambiale non può essere ammesso a provare per testimoni che la sua firma era di semplice favore (1).

Tutta la quistione si riduce a vedere se bene i primi giudici ammisero Giuseppe Maiello a provare con testimoni che le cambiali furono create nell'esclusivo interesse di Gennaro Majello, che gli altri due, cioè Giuseppe e Francesco, apposero le loro firme per mero favore, e che di ciò fu redatta un'apposita scrittura in unico originale consegnata a Francesco.

Questi fatti però non erano provabili per testimoni, perchè con questa prova Giuseppe vorrebbe scagionarsi di ogni obbligazione a lui derivante dalla sottoscrizione delle cambiali. Occorreva dunque che presentasse un titolo scritto.

E di vero, l'art. 53 c. comm. dice espressamente che quando da esso è richiesta la prova scritta, non può farsi luogo alla prova testimoniale, se non nei casi in cui è permessa dal codice civile. Ora per liberarsi da un'azione cambiaria bisogna esibire un titolo scritto secondo l'art. 324 dello stesso codice; dunque la prova testimoniale era inammissibile.

Ma qui si ripiglia dal resistente per dire che il titolo scritto esiste, e se ne vuol provare la esistenza per testimoni. Tutto questo non è permesso, perchè non si è in alcuna delle ipotesi effigiate dall'art. 1348 c. c., cioè del possesso dapprima del documento presso il richiedente e della perdita dello stesso in conseguenza di un caso fortuito o forza maggiore.

Tutte queste circostanze di fatto non si vogliono provare da Giuseppe. Il documento non fu mai da lui posseduto, nè disperso per caso fortuito o forza maggiore; dunque non gli è dato di provarne la esistenza per testimoni.

E poi, se ben si rifletta, quella scrittura, ove esistesse, non fu certo redatta nell'interesse di Francesco. Costui non ne aveva bisogno perchè figurava da avallante. Era dunque stipulata nell'interesse di Giuseppe, per liberarlo dalla rivalsa sia verso Francesco sia verso Gennaro. Ed allora questa scrittura, tutta redatta nell'interesse del resistente, si sarebbe affidata a Francesco contro del quale doveva fare principalmente stato. In altri termini, il titolo di liberazione si sarebbe consegnato al creditore. Ed allora sarebbe un titolo meno titolo (*sic*), quando restò nelle mani di colui contro del quale dovrebbe prodursi. Francesco può bene invocare la massima « nemo tenetur edere contra se ». Egli, possessore originario della scrittura, non può essere tenuto ad esibirla, perchè facesse stato contro di lui. La prova scritta è prova che deve precostituirla colui che ne ha bisogno, per farne uso ove ne sia il caso. Egli deve esserne il depositario e custode, se vuole agire a norma non della legge, ma della ragione. Per conseguenza sarebbe inutile ogni prova della esistenza di quella scrittura perchè pel debitore tanto vale obbligarlo ad esibire un titolo vecchio lasciato nelle sue mani, quanto a sottoscriverne uno nuovo. È dunque un fatto inesistente agli occhi della legge.

E così le cose tornerebbero sempre al punto dove erano, cioè mancanza assoluta del titolo per elidere gli effetti della cambiale.

Laonde la prova della esistenza del documento presso Francesco disposta dai giudici di merito è cosa inutile e contraria alla legge. Inutile, perchè anche quando il documento esistesse nelle mani di Francesco egli non sarebbe tenuto ad esibirlo contro sè stesso; contraria alla legge, perchè Giuseppe con una prova testimoniale non potrebbe supplire al difetto delle prove scritte che egli direttamente deve fornire del suo assunto.

Tutto questo non vide la Corte di merito e con un ragionamento molto sobrio sorvolò sulla eccezione d'inammessibilità della prova dicendo che Francesco aveva accettata la scrittura, quando ora non si sa ancora se essa esiste. Epperò la sentenza dev'essere annullata.

P. q. m., cassa.

(1) Cfr. da ultimo Cass. Palermo, 3 marzo 1898, in *Filangieri*, 1898, 842, coi richiami.

—

TORINO, 27 novembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Bonicelli — *P. M.* Mazza = Ferr. del Mediterraneo c. Berinzaghi.

È di competenza dell'autorità giudiziaria l'azione spiegata da un impiegato ferroviario contro la Società per asserita indebita destituzione, quando si tratti di vedere se la destituzione sia stata pronunziata nei casi previsti dai regolamenti (1).

I primi tre mezzi di cassazione dedotti dalla ricorrente Società delle ferrovie si rannodano tutti alla tesi fondamentale di

(1) Cfr. SEBREGONDI, *Ferrovie*, nella *Enciclopedia giuridica*, p. 1236 seg. e v. ivi la numerosa giurisprudenza sulla questione fino al 1899.

diritto affermata nel ricorso come punto di partenza, che cioè in forza delle norme sul personale costituenti il patto contrattuale nella locazione d'opera fra la Società ed i suoi impiegati, spetti esclusivamente all'Amministrazione ferroviaria il giudizio sulla gravità delle mancanze addebitate all'impiegato, per discendere poi, in base ai suoi pretesi insindacabili apprezzamenti, all'applicazione dei provvedimenti disciplinari che sono designati graduatamente nell'art. 50 delle norme sul personale, cioè: 1.° ammonizione; 2.° multa; 3.° trasloco; 4.° sospensione; 5.° riduzione di stipendio o paga; 6.° degradazione; 7.° destituzione.

Nella specie poi la Società ricorrente sostiene che in virtù delle esplicite disposizioni degli art. 26 e 75, § 19 e 27 delle norme suddette, l'apprezzare il valore e la gravità dei fatti addotti come legittimo motivo della misura disciplinare della destituzione applicata all'ing. Berinzaghi, che è la massima delle pene, deve essere lasciato all'Amministrazione, poichè si tratta di un giudizio tecnico, di una valutazione che sfugge al campo delle prove giudiziali, dovendosi necessariamente ispirare a criteri di opportunità, d'amministrazione e di esigenze di servizio.

E siccome in ordine alla sussistenza dei fatti addebitati al Berinzaghi la stessa Corte di Milano ha riconosciuto che non vi ha contestazione e li ha ritenuti veri, così al giudizio emesso dall'Amministrazione sull'importanza e gravità dei medesimi la Corte non poteva sostituirne altro contrario o diverso, come fece colla sentenza denunciata. Quindi violazione della legge contrattuale di cui nelle norme sul personale, articoli precitati, e nei vari articoli del codice civile pure citati in epigrafe ai tre primi mezzi.

Ma per quanto possa ritenersi in massima incontestabile il principio come sopra enunciato, come premessa dell'argomentazione, che, cioè, al Consiglio d'amministrazione sia dalle norme sul personale, più specialmente dagli art. 26, 75, § 19 e 27, attribuito il diritto di apprezzamento della importanza e gravità delle mancanze commesse dagli impiegati per applicare le pene disciplinari corrispondenti, facoltà che la stessa Corte di merito ha espressamente riconosciuto nella prima parte delle addotte considerazioni per le quali ha respinto le eccezioni tutte di forma state opposte dall'ing. Berinzaghi, non è meno indiscutibile verità che i poteri dell'Amministrazione stessa non possono essere così effrenati ed assoluti da lasciare le sorti dell'impiegato in balìa dell'arbitrio della Società cui ha locata l'opera sua.

Ed è per ciò che le stesse norme, dopo di avere classificate e definite negli art. 50 al 60 le pene disciplinari, all'art. 64 si vede statuito che « le pene si applicano entro i limiti assegnati, tenuto conto della gravità maggiore o minore del fatto ». E nelle disposizioni che seguono fino all'art. 75 inclusivo sono designati i casi nei quali le singole pene possono essere applicate; poi negli articoli 76 al 79 sono dettate le norme di competenza per l'applicazione di ciascuna pena.

E finalmente, a dimostrare che l'operato dell'Amministrazione non è assoluto ed insindacabile nei giudizi ed apprezzamenti, l'art. 80 espressamente attribuisce all'impiegato il diritto di reclamo alla competente autorità superiore amministrativa contro l'emanato provvedimento.

Consegue da ciò evidentemente, e lo afferma la stessa Società a pagina 5 del ricorso, che non possa l'Amministrazione ferroviaria discostarsi dalle norme sopradette, e così licenziare, tanto meno destituire, colla privazione di ogni diritto sulla Cassa pensioni, un impiegato fuori dei casi contemplati dalle norme stesse, costituenti la legge del contratto, e che tuttavolta che la misura disciplinare sia applicata all'infuori delle condizioni di fatto che furono contemplate in rapporto alla graduazione delle pene, il giudizio di apprezzamento che sia stato emesso dall'Amministrazione deve andar soggetto al controllo ed alla censura dell'autorità giudiziaria, che è la sola competente a riparare la lesione del diritto del funzionario locatore dell'opera derivante dal fatto illegale dell'altro contraente

Non regge adunque la premessa della ricorrente che al giudizio emesso dall'Amministrazione sulla gravità dei fatti addebitati al Berinzaghi, e dai quali ha desunto che egli siasi reso immeritevole della fiducia necessaria per conservarlo in servizio, non possa portarsi controllo dal magistrato giudiziario e sostituirsi un giudizio diverso o contrario. Il § 27 dell'art. 75 non può essere inteso nel senso vagheggiato dalla Società ricorrente, quand'anche sia vero che la fiducia, siccome esclusivamente soggettiva, non si impone. La sorte degli impiegati sarebbe lasciata in balìa delle maggiori o minori suscettività ed impressionabilità dei superiori, e sarebbe illusorio il diritto di reclamo ad essi concesso dall'art. 80, appunto in previsione dei possibili errori di apprezzamento o di applicazione di una pena, che, secondo la legge, non corrisponda ai demeriti addebitati.

E, cadendo la premessa che ne costituisce il perno fondamentale, cade tutto il ragionamento che si è svolto nei tre primi mezzi del ricorso, e non sussistono le censure di cui ivi, neppur quella di mancata motiva-

zione, tanto meno la violazione degli articoli 1123, 1119 e 1162 c. c.

Infatti, posta fuori di controversia, in virtù del quasi-contratto giudiziale, la sussistenza dei fatti addebitati al Berinzaghi, era compito della Corte di merito di porre i medesimi in raffronto colle norme sul personale, interpretate colle regole del diritto comune, onde vedere se la pena della destituzione fosse stata applicata secondo legge, o, per contrario, fuori dei casi in essa designati.

Ed a questo compito la Corte diede adeguata evasione con motivazione esauriente e perfettamente razionale, passando in rassegna tutti i singoli addebiti dall'Amministrazione posti a carico del Berinzaghi, quali ragioni giustificative dell'applicata massima pena. Essa li vagliò dapprima separatamente nei due periodi, anteriore l'uno alla decretata aspettativa, posteriore l'altro; ed osservò giustamente che le mancanze anteriori anche a prescindere dall'indagine se le medesime valessero a giustificare il provvedimento della destituzione, avuto riguardo allo stato di malattia constatato dalle perizie mediche, per cui la stessa Amministrazione aveva riconosciuto conveniente ed opportuno il provvedimento dell'aspettativa, dovevano ritenersi in conseguenza del medesimo condonate e sanate, per modo che non si potesse, cessata l'aspettativa, rievocarle, per fondare su di esse il provvedimento della destituzione.

E rispetto al periodo posteriore all'aspettativa rilevò che a senso delle stesse dichiarazioni della Società, l'unico addebito apposto al Berinzaghi, il rifiuto cioè di recarsi da Catione a Taranto per essere sottoposto a nuova visita medica, non poteva fornire la ragione della pronunciata destituzione, poichè non vi ha nelle norme sul personale disposizione alcuna che commini tale massima pena alla disobbedienza all'ordine di recarsi in un luogo diverso da quello nel quale il Berinzaghi doveve prestare servizio, di guisa che la disobbedienza stessa non può costituire quell'arbitraria assenza dal servizio che è contemplata dall'art. 26 delle norme, modificato dall'ordine di servizio del 1888, il quale, dopo tutto, non importa l'applicazione della destituzione in ispecie, ma di quella fra la massima e la minima delle pene disciplinari che corrisponda alla massima o minima della colpa.

E come non si reggeva al disposto dell'art. 26 il provvedimento di destituzione, la Corte disse giustamente che neppure poteva sorreggersi al disposto dei §§ 19 e 27 dell'art. 75 delle norme sul personale.

Non al primo, perchè non si ha un'assenza arbitraria dal servizio, tanto meno un'assenza che abbia potuto compromettere la sicurezza del servizio: non al secondo, perchè pei fatti anteriori alla concessione dell'aspettativa era intervenuta, come si disse, la sanatoria implicita, in considerazione dello stato di alterata salute del Berinzaghi che consigliò detto provvedimento; e riguardo all'unico posteriore, oltre alla nessuna gravità della mancanza, non trovasi contemplato in veruna delle disposizioni delle norme sul personale.

Infine, la Corte non trascurò, in via di ipotesi, di vagliare gli addebiti fatti al Berinzaghi in tutto il loro complesso, e con apprezzamento insindacabile e sovrano disse che i medesimi non presenterebbero carattere di tale gravità da cadere sotto il disposto dell'art. 75, § 27, delle ripetute norme. Legittima conseguenza di tutte le considerazioni sopradette si era dunque che il provvedimento di destituzione fu dato all'infuori dei casi contemplati dalla legge.

E di vero, per quanto larga interpretazione si voglia dare al citato § 27 dell'articolo 75 delle norme, non si poteva prescindere dal tener conto dello stato anormale fisico in cui si trovava il Berinzaghi, dichiarato nevrastenico, incapace di resistere alle impressioni irritative, morbosità questa che scema d'assai la responsabilità anche nelle colpe gravi, tanto più nelle mancanze di disciplina e di obbedienza e puntualità nell'adempimento dei propri doveri che non hanno compromesso la sicurezza del servizio.

A torto ancora si imputa alla denunciata sentenza di avere con erroneità di concetti disconosciuti i principî che informano il contratto di locazione d'opera e violate le disposizioni degli art. 1124 e 1570 c. c. e le altre di cui in epigrafe al secondo mezzo. La Corte non ha menomamente posto in dubbio che a tener fermo a favore del Berinzaghi il contratto di locazione d'opera per tutti i suoi giuridici effetti, fosse indispensabile che continuasse in lui il requisito essenziale dell'idoneità e capacità di prestare servizio in conformità agli impegni assunti nel contratto. Questo non era il suo giudizio, ma esclusivamente quello della legalità del provvedimento di destituzione, di guisa che il giudicato della Corte lascia intatta ed impregiudicata la questione circa qualsiasi altro provvedimento che allo stato delle cose la Società ferroviaria avesse facoltà di prendere sia coll'applicare altra pena disciplinare, sia col porre il Berinzaghi in quiescenza atteso il suo stato di malattia. E le osservazioni fatte in ordine ai provvedimenti che, in luogo della destituzione, malamente applicata, potevano essere adottati, non implicano nè contraddizione in

motivi, nè travisamento o violazione delle disposizioni di legge invocate nel ricorso.

La Società innanzi alla Corte di merito aveva preso una conclusione subordinata di questi termini: « Tenuta ferma la pronuncia di risoluzione del contratto esistito fra il Berinzaghi e la Società, la si dichiari avvenuta per il fatto del Berinzaghi medesimo, ma avere egli il diritto al trattamento di pensione di cui all'ultimo capoverso dell'art. 46 delle norme sul personale ».

La Corte osservò non essere accoglibile siffatta domanda subordinata perchè esorbitava dal campo dell'azione proposta dal Berinzaghi che era quella di scioglimento del contratto per colpa della Società in quanto questa decretò arbitrariamente ed illegalmente la di lui destituzione, ed esorbiterebbe del pari dal contratto giudiziale.

Dimostrata fondata l'azione del Berinzaghi nell'illegale ed arbitraria destituzione, ne sorgeva il diritto a vedere pronunciata la risoluzione del contratto per colpa della Società con tutte le conseguenze di ragione, e la domanda della Società come sopra formulata *ex novo* in grado d'appello andava in urto col diritto quesito dal Berinzaghi ed in conseguenza venne giustamente respinta.

Non ha perciò fondamento la censura di contraddizione di motivi, poichè coll'osservare che la Società ferroviaria avrebbe dovuto allo stato delle cose rimettere in servizio il Berinzaghi, oppure in mancanza di nuova visita vedere se non fosse il caso di collocarlo in quiescenza secondo le disposizioni degli art. 44, 46 e 48 delle norme sul personale, la Corte non intese certamente affermare che la risoluzione del contratto potesse avere una base giuridica nella colpa del Berinzaghi, ma di addurre un ultimo argomento dimostrativo del buon diritto di quest'ultimo.

E la Società non ha che da imputare a sè stessa le conseguenze del suo atto illegale ed arbitrario della destituzione, appunto per non avere preferito quegli altri provvedimenti che una più esatta interpretazione ed osservanza delle norme sul personale suggerivano nel caso in esame. La condizione risolutiva di cui all'art. 1165 c. c. si verificò necessariamente pel fatto della destituzione, e non si comprende come la Società che operò in modo da giustificare la domanda di risoluzione per sua colpa, possa censurare di errore e contraddizione in questa parte la sentenza della Corte milanese, la quale in ogni sua parte si sorregge a considerazioni esaurienti e corrette e resiste a qualunque critica.

P. q. m., rigetta, ecc.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

TORINO, 5 febbraio 1900 — *Pres.* Avogadro — *Est.* Pesce == Cornero c. Fissore.

Non può ritenersi una donazione manuale *la consegna di titoli al portatore per una rendita di annue L. 1655* (1).

Passando all'altro sistema sul quale la appellante pretende di poter fare anche maggiore assegnamento, quello cioè con cui sostiene che, al postutto, il suo titolo consiste nell'avere avuto manualmente in dono le contestatele cartelle, è qui anzitutto a premettere che per dono manuale - o *munus* come lo dicevono i romani - comunemente s'intende quello che è materialmente fatto da mano a mano, che avviene, quasi si direbbe, nella famigliarità dei rapporti che passano tra donante e donatario, e non avente già per iscopo il profitto ed il miglioramento economico di esso donatario, ma la semplice estrinsecazione di sentimenti di amicizia del donante o l'attestato del grato di lui animo. Quindi è che in tal senso inteso siffatto dono non possa essere se non di cose di valore relativamente tenue, ossia che non esorbiti da una conveniente misura da apprezzarsi con riguardo all' indole tutta particolare di siffatta liberalità.

E che questo fosse l' intendimento del legislatore in ordine a codesti doni stanno a dimostrarlo gli stessi lavori preparatori del vigente codice civile, là dove, cioè, discutendosi sulla redazione dell' art. 1025 del progetto ministeriale, corrispondente all'attuale art. 1056, in seno alla Commissione senatoria chiamata ad emettere il suo avviso al riguardo, essendo sorto il dubbio se anche i doni manuali non dovessero per avventura assoggettarsi alla disposizione generale prescrivente per tutti gli atti di donazione la solennità dell'atto pubblico, e tal dubbio essendo stato risolto in senso affermativo, prevaleva per altro il concetto che il principio assoluto consacrato in detto articolo dovesse trovare eccezione per i doni manuali di cose mobili di tenue valore, che proponevasi non avesse a sorpassare un massimo di L. 500.

E se tuttavia, come appare dalla relazione ministeriale al Re, tale proposta non fu accettata, ciò non avvenne già perchè non si trovasse conveniente di fissare siffatto *maximum* siccome limite alla permissione dei doni di cose mobili all' infuori dell'atto pubblico, ma perchè si riconobbe che nella

(1) V. in arg., da ultimo, Cass. Napoli, 18 dicembre 1897 in *Filangieri*. 1898, 524 col richiamo.

infinita varietà dei casi che potessero presentarsi più opportuno sarebbe stato lasciarne l'apprezzamento al magistrato ed al suo ufficio moderatore; ma è però pur sempre indubitato che rimase fermo il concetto che i doni manuali non potessero essere che di una entità relativamente di poco momento.

Alla stregua dei quali principî, seguìti del resto tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza, esaminata la liberalità di cui si tratta, della cui validità la appellante vorrebbe che non fosse neppure possibile dubitare, non v' ha invece chi non vegga come di fronte alla cospicua sua entità (giacchè le lire 1655 di rendita del debito pubblico al portatore di cui si tratta, avrebbero rappresentato una somma capitale di oltre lire trentaduemila), sia ben lungi da potersi caratterizzare quale uno di quei doni manuali, propriamente detti, di cui colla semplice tradizione si possa trasferire il dominio, e ritenerlo non compreso nel precetto del suddetto art. 1056 c. c., dettato non altrimenti che allo scopo di ovviare colla presenza del pubblico ufficiale ad ogni sorpresa o pericolo di inganni onde potesse essere vittima il donante. — E se così è, come non si saprebbe dubitarne, non possono esercitare nessuna influenza sulla questione le teorie del dotto avvocato Piccinini, sulle quali ha creduto la appellante di poter fare così assoluto assegnamento; dappoichè, se per avventura si potrebbe disputarne *de iure condendo*, è troppo evidente che allo stato attuale della legge e della sua interpretazione, sulla quale concordano autori e giudicati, vano sarebbe il discorrerne ed annettervi una importanza che *in iure condito* non possono avere.

Inutili del resto si presentano a suffragio dell'assunto di detta appellante anche gli incombenti da essa riproposti in questa sede; inutile, cioè, anzitutto, il dedotto interrogatorio perchè, a parte che, come rettamente avvertono gli appellati, non a mezzo di semplice loro interpello, ma con opportuno certificato catastale, avrebbe essa molto opportunamente potuto e dovuto esibire la prova del maggiore possesso di beni stabili da parte del Barberis, oltre quelli inventariati, se fossero realmente esistiti od avessero potuto sottacersi nell' inventario stesso e sottrarsi, ad ogni modo, alla denuncia di successione; d'altro canto, qualunque fosse detta maggior sua possidenza, e malgrado sia stato ritenuto che le condizioni di fortuna del donante sono opportuno criterio di estimazione a stabilire la vera natura del dono, è troppo chiaro che ad ogni modo una sì ingente somma non potesse nè razionalmente, nè legalmente essere oggetto di un dono semplicemente manuale.

Non meno ultronei poi si presentano i capitoli testimoniali, in parte perchè a risolvere il vero punto di questione che si agita tra i contendenti, essenzialmente cioè inteso ad indagare la validità o meno dei titoli accampati dalla Cornero ad attribuirle il diritto di far proprie le ripetute cartelle, a nulla potrebbe rilevare nè il sapere quali rapporti il Barberis potesse avere avuto, nè quali sentimenti aver nutrito verso i suoi congiunti, odierne parti in causa; e per altra parte perchè neppure quanto alle circostanze di cui agli altri quattro capitoli importerebbe lo accertare, e le intenzioni dello stesso Barberis di istituire sua erede universale essa Cornero, e ciò che avrebbe fatto per riuscire in tale intento, e l' incarico all'uopo conferito a notaio di sua confidenza di stendergli una minuta di testamento olografo che questi infatti avrebbe allestito, che sarebbe cioè quello accennato nell' inventario e che il Barberis voleva copiare; giacchè tutte queste circostanze a nulla potrebbero riuscire dal momento che, sia pure per esserne stato impedito dal suo male che si aggravò, ma in sostanza non mandò poi ad effetto siffatto allegato suo divisamento, nulla cioè disponendo nè per atto tra vivi, nè per atto di ultima volontà a favore della Cornero.

Nè da ultimo è attendibile la presunzione che, a porre in essere gli accennati intendimenti del Barberis, si vorrebbero desumere dalle circostanze che questi non avesse impegni di famiglia, gli mancasse persino la ragione di beneficare i lontani congiunti, ed avesse anzi dei motivi per non farlo; imperocchè, prescindendo anche dal riflesso che si tratterebbe di ben debole presunzione se anche ciò fosse assodato, è d'altronde troppo ovvio che nessun profitto potrebbe trarre l'appellante, non essendo le intenzioni, del resto sempre nell'uomo mutabili, che possano valere ad attribuire diritti, ma i fatti e sopratutto gli atti che vi debbono dar vita, tanto più poi nei casi come il concreto, in cui l'atto sarebbe stato richiesto non semplicemente *ad probationem*, ma veramente *ad substantiam*.

Nella quale condizione di cose è evidente che non poteva avere nemmeno alcuna ragione di essere la domanda riconvenzionale della appellante, diretta a far presentare in causa la suindicata minuta di testamento di cui era cenno anche nell' inventario giudiziale, avvegnachè a dimostrare la inutilità di siffatta produzione stanno le stesse ora discorse considerazioni in ordine alla inefficacia giuridica di tutto ciò che avesse avuto in animo di fare, ma che poi esso dottor Barberis non fece nei riguardi della Cornero e tanto basta a respingerla senz'altro. —

E poichè neppure le altre domande della stessa appellante potrebbero allo stato delle cose trovare ragione, la appellata sentenza, che se non per tutte le sopra svolte considerazioni, nella sostanza però di quelle addotte appoggiò il suo giudicato ai principî regolatori della materia, deve avere in merito piena conferma.

P. q. m., conferma, ecc.

—

MILANO, 21 dicembre 1900 — *Pres.* Clerici — *Est.* Nicora = Schieroni c. Livraga e Congregazione di Carità di Milano.

1. *L'incarico di attendere alla coltivazione del fondo affidato dall'affittuario ad un terzo, con facoltà di stipulare e promettere in di lui nome, pone in essere non già una locazione d'opera, ma un vero* mandato.

2. *Tale mandato non è però a ritenersi contrattualmente irrevocabile per ciò solo che il locatore del fondo abbia autorizzato l'affittuario a costituirsi quel preciso mandatario.*

Le parti si diffusero assai sulla revocabilità o meno del mandato, ma nè esse nè il tribunale posero abbastanza mente alla natura vera giuridica di simile contratto, la quale li avrebbe più facilmente e brevemente condotti alla risoluzione conveniente.

Il mandato, « dictum a datione manus, quia, ut Isidorus ait, olim commisso negotio alter alteri manum dabat, et manus fidei signum erat : trahitque originem ab amicitia, etc. » (Voet. lib. 17 tit. 1), il mandato è contratto essenzialmente fondato nella fiducia e nell'amicizia. È perciò di sua natura sostanziale sempre in massima revocabile a volontà colla sola conseguenza delle rifazioni previste dagli art. 1753 e seg. c. c. e a seconda delle circostanze anche dell'*id quod interest*, quando il mandante abbia distolto il mandatario da altre occupazioni onde adibirlo alla propria rappresentanza o ai propri affari.

La legge non solo, ma il buon senso non permettono neppure di pensare che si debba o si possa imporre la continuazione di una fiducia quando questa è scossa per una ragione qualsiasi, anche soggettiva, del loro mandante, onde la volontà di costui è mossa a diversa determinazione. In nessun altro contratto meglio che in questo può perciò dirsi sempre applicabile e sottintesa la massima « si res » e nella specie diremo « voluntas in eodem statu permanserit » (Fabro cod. lib. 4, tit. 26). Mancando la fiducia, la confidenza, manca la base del mandato e deve cadere; ed infatti la legge positiva, articolo 1758 c. c., in conformità ai detti elementari principî riserva al mandante la facoltà di risolverlo quando voglia ; e simile facoltà concede al mandatario, art. 1761, colla sola differenza che questi deve tenere indenne il mandante, ma non sempre, « salvochè la continuazione del mandato gli riesca di grave danno ».

Disposizioni che dimostrano chiaramente come tutto dipenda, nel mandato, dalla volontà delle parti, appunto perchè è un atto di tutta fiducia e simpatia, e come il mandante non deve essere costretto a servirsi di chi gli è diventato nemico o infesto, così il mandatario a servirlo.

Una sola limitazione alla facoltà assoluta nel mandante, per la revoca a volontà sua esclusiva, havvi quando il mandato sia stato conferito quale condizione o patto di altra convenzione con un terzo. Altrimenti, se questo terzo avesse anche un interesse indiretto nel mandato, non avrebbe « os ad loquendum » sulla revoca, mancando il rapporto giuridico diretto, e quindi il diritto ad ingerirsene.

Tutta la quistione adunque si restringe nel concreto a vedere se il mandato al Livraga sia stato conferito dalla sorella Schieroni come condizione o patto della convenzione d'affitto stipulata colla locatrice Congregazione di carità.

Lo pretende il Livraga, e la Congregazione di carità con un linguaggio sibillino di dire e non dire pare che lo appoggi.

Ma la Corte è di diverso avviso e ritiene audace tale pretesa.

Le frasi del preliminare 7 agosto 1894, approvato dalle parti contraenti e ratificato poi nell'istromento Dell'Oro del dicembre successivo, sono là a protestare contro detta pretesa poichè nessuna parola vi si legge che indichi come la nomina del Livraga a direttore dell'azienda e procuratore delle conduttrici riguardo alla stessa ed alla fienda notifica di contratto sia una condizione del contratto medesimo. È invece una enunciazione di una volontà delle conduttrici, una notizia che si dà alla locatrice Congregazione, la quale la sente, non la ostacola e la accetta, mà non già come clausola o condizione di consenso e di stipulazione.

Questa rimane fra le due parti, e riguarda unicamente la conduzione del fondo di Calvignasco, con tutte le sue particolari modalità e pattuizioni in confronto delle sorelle Schieroni soltanto.

L'affare del mandato riguarda esclusivamente costoro, e si comunica alla Congregazione solamente come buona regola fra contraenti ; ma il suo valore ed efficacia non vanno al di là delle Schieroni, non si estendono a quel rapporto contrattuale concluso col preliminare e conseguente istromento,

ove infatti le pattuizioni riflettono tutte e soltanto le conduttrici, nessuna che accenni al mandatario e alle conseguenze della sua presenza o no, al vantaggio che ne venga o meno alla locatrice, all'intenzione di questa di valersi in modo qualsivoglia del mandato e di pretendervi.

Il contratto di locazione adunque è puro e semplice fra le Schieroni e la Congregazione di carità; nessuna influenza avendovi esercitato il mandato riflettente la sola persona ed interesse delle conduttrici. Si obbietta che la frase « favorevolmente nota » (il Livraga) alla Congregazione di carità ha un grande valore. Non è vero. Forse che per essere egli noto e bene viso, la Congregazione fece migliori patti alle Schieroni, o derogò o modificò qualcuno di essi, in guisa che possa parlarsi di un tal quale corrispettivo in vista del Livraga, vantaggio che non sarebbe stato concesso a beneficio Schieroni? no, tutto rimase come di uso in simili contrattazioni e il capitolato è là a provarlo. Detto capitolato ha servito per le Schieroni, come per altri prima di loro, e servirà dopo di loro.

Forsechè la Congregazione abbia subordinato la concessione dell'affitto, o che la direzione dell'azienda fosse affidata al Livraga?

Nemmeno. Quella frase adunque significa unicamente che, attesa la conoscenza favorevole che si aveva del Livraga, veniva tollerata la sua presenza sul fondo oltre quella delle conduttrici, tolleranza che non derogava, come non derogò, ai patti 22 e 30 del capitolato, il che è di capitale importanza a questo riguardo, escludendosi nettamente che la persona del Livraga nè punto nè poco sia entrata nel contratto e nelle considerazioni che lo consigliarono a favore delle conduttrici; e provando che se egli figura nominato lo è semplicemente nei costoro riguardi.

Si dà anche maggior importanza dal patrocinio Livraga alle parole « impegnandosi le conduttrici a rilasciare la procura, ecc. » e non ne hanno proprio alcuna! poichè desse non escono dai limiti a cui servono: e cioè dal momento che avevano le conduttrici proposto di voler fare proprio procuratore il Livraga, era ovvio che si impegnassero a rilasciargli la procura.

Dunque è un impegno riferibile solo al mandato, e non anche al contratto che andava a stipularsi colle conduttrici, il quale stava e sta a sè, mentre la procura a Livraga è un fatto contingente, aggiunto, che quello non modifica, e dal quale quello nè dipese nè si volle far dipendere.

Tutti questi riflessi sono evidenti, e del resto sono in due ad affermarne la correttezza, e precisamente i due che sono i soli interessati, i soli che possono dirlo, i due contraenti, le Schieroni e la Congregazione; la quale nonostante il suo contegno ambiguo, in una cosa fu precisa, tagliente, sempre concorde, anche prima della causa odierna, e cioè dal 27 marzo 1900, in quella che i patti 22 e 30 del capitolato non furono tocchi dal contratto in parola, e a causa di Livraga, che rimasero invece in tutto il loro vigore, tanto che si riserva di valersene, e quel che è più ancora la Congregazione ha ognora affermato e afferma che l'odierna vertenza le è del tutto estranea trattandosi di rapporti particolari fra Schieroni e Livraga, e chiese di essere posta fuori causa, e infatti l'ottenne dal tribunale, e nella stessa domanda insiste.

Ma se era il Livraga un coefficiente qualsiasi nel contratto, non si intende come avrebbe potuto la Congregazione mantenere integri questi due patti, senza accennare almeno alla speciale deroga quanto a lui; come potuto dire estranea e indifferente a sè una condizione del proprio contratto.

La riserva poi della Congregazione di agire contro le Schieroni è essa stessa in ulteriore conferma di quanto si disse, perchè motivata non già dalla revoca di Livraga, ma dall'assenza delle Schieroni dal fondo locato.

Sono considerazioni queste di meridiana evidenza, e il Livraga, che sostiene il contrario, è e rimane solo; ma sfortunatamente per l'assunto suo, oltre l'essere solo, egli non è parte contraente, e non ha veste nè diritto di interpretare il contratto. Egli ha rapporti unicamente colle sue mandanti, e si è veduto quali siano, e come la loro revocabilità non può mettersi in dubbio, salvi i diritti nascenti fra le parti dall'esecuzione del mandato, al che tende appunto la resa di conto chiesta dalla Schieroni e malamente non concessa.

Per la verità poi deve dirsi che il Livraga fu tanto persuaso egli medesimo della rettitudine dei principî e cose suenunciate, che dopo la revoca del suo mandato, senza punto reclamare, riconoscendole giuste, cominciò a dare esecuzione al dover suo, col mettersi in relazione col nuovo procuratore rag. Bosetti, al quale produsse il resoconto, per quanto informe, e a mezzo del proprio ragioniere Giussani si profferse a dare tutti gli opportuni schiarimenti, e quanto occorresse per definire la vertenza, consegnando anche documenti di ogni fatto.

Nel concreto abbiamo dunque eziandio una piena acquiescenza e ricognizione stragiudiziale da parte del Livraga, e poco importa che per motivi facili a comprendere sia giudizialmente poi stata ritrattata, e

convertita l'acquiescenza e la ricognizione in tutto l'opposto.

Le premesse considerazioni di diritto riguardanti la facoltà, in concreto, assoluta nella mandante Schieroni Carolina di revocare il mandato già conferito al Livraga, rendono affatto inutili tutte le prove orali proposte per stabilire la giusta o ingiusta causa, poichè basta all'uopo la volontà comunque sia del mandante (art. 1758 c. c.), e tale volontà la dimostrano i fatti occorsi, e questa causa medesima, volontà che la stessa Congregazione di carità qualificò *pertinace*, rendendo così anch'essa omaggio alla verità di fatto sufficiente a dar fondamento alla revoca, per la quale è del tutto indifferente in diritto, che sia stata preceduta dal conferimento della procura ad altra persona, equivalendo anzi questo e da solo alla revoca medesima (art. 1760 del codice civile).

Nè dica il Livraga che questa fu l'effetto di debolezza di mente della mandante, mentre la capacità si presume sempre, e non è con dei certificati medici che si possa scuotere una simile presunzione, vieppiù quando, come nella specie, niente havvi in causa a renderla verosimile.

Nè ad una prova testimoniale si può affidare una simile indagine e nella specie neppure ad una perizia; mentre la capacità o meno deve essere stabilita per l'epoca dell'atto impugnato, e stabilita in modo rigoroso così da escludere persino la possibilità di lucidi intervalli, durante i quali è noto doversi ritenere la piena validità degli atti. E le prove instate dal Livraga per stabilire i suoi crediti per stipendio o altro sono premature: sono proprie della sede di rendiconto, e può darsi che non occorrano, leggendosi nell'odierna conclusionale della Schieroni che le mensilità di stipendio, vitto, alloggio e vestiario sono del preciso importo esposto dal Livraga.

A scongiurare le conseguenze giuridiche del mandato, il Livraga ha affacciato anche la pretesa che il contratto in parola debba ritenersi invece di locazione d'opera. La pretesa però è invincibile, poichè l'incarico di attendere alla coltivazione del fondo non è occupazione e dovere diverso da quello a cui dovevano attendere le conduttrici; nella quale sostituzione consiste altro dei caratteri del mandato, e non pose mente il Livraga che il mandatario rappresenta il mandante col potere di stipulare o promettere in suo nome e per suo conto; il che non si verifica nè si può verificare nel locatore d'opera. Tutt'al più potrebbe nel concreto, in cui il mandato tornava di utile pure al Livraga, che ne aveva una occupazione retribuita, ravvisarsi quanto a lui anche la figura del procuratore « in rem propriam »; ma sempre siamo nel mandato.

—

BRESCIA, 27 novembre 1900 — *Pres.* Resti-Ferrari — *Est.* Rigoni = Carretta c. Frignani.

1. *La intestazione della sentenza non vale a stabilire la natura della causa siccome* civile, *se la parte si è sempre qualificata* commerciante *negli atti di causa, ed ha replicatamente designata la causa stessa come commerciale* (1).

2. *Applicazione al termine per appellare* (2).

Il Carretta Costantino si qualificò per possidente e *commerciante* oppure *negoziante*, nella procura *ad lites* 29 novembre 1898, rogata Buttafuochi, nella citazione 8 dicembre 1898 iniziativa di questo giudizio, nell'atto divisionale 18 aprile 1899 e nelle comparse di notifica delle generalità dei suoi testimoni 30 giugno e 27 luglio 1899.

Inoltre nella citazione 8 dicembre 1898 sovramenzionata, si leggono le seguenti parole: « trattandosi di causa soggetta alla giurisdizione commerciale a mente dell'articolo 850 c. comm., ecc. »; e nella intestazione del verbale di esami 2 agosto 1899 si legge « nella causa commerciale, ecc. ». Quindi secondo la stessa confessione del Carretta nessun dubbio che il medesimo è un commerciante e che la causa da lui intentata contro i fratelli Frignani è di natura commerciale, e perciò soggetta alla giurisdizione commerciale, giacchè giusta l'art. 870 c. comm., anche quando l'atto è commerciale per una sola delle parti, le azioni che ne derivano appartengono alla giurisdizione commerciale.

Per conseguenza devesi dire irricevibile l'appello 3 agosto 1900 contro la sentenza 17 maggio stesso anno del tribunale di Mantova, perchè mentre secondo l'art. 485 c. p. c., il termine per appellare dalle sentenze dei tribunali in materia commerciale è di giorni trenta, il Carretta appellò invece dalla predetta sentenza 17 maggio 1900, a lui notificata l'8 giugno, soltanto il 3 agosto successivo, e così di gran lunga dopo trascorso il suddetto termine perentorio di giorni trenta.

Il Carretta per sottrarsi alla incorsa decadenza dal diritto di appellare ha opposto che la causa devesi considerare civile, perchè come tale venne qualificata nell'intestazione delle due sentenze 4 maggio 1899 e 17 maggio 1900, nonchè nel verbale di esami 6 luglio 1899. Però si sa che le intestazioni delle sentenze e dei verbali di istruttoria sono opera dei componenti le cancellerie dei tri-

(1-2) Sull'arg. v. da ultimo, A. Milano, 5 aprile 1899, in *Filangieri*, 1899, 621, col richiamo.

bunali e perciò non si può dare alle suddette intestazioni una importanza tale da cambiare la natura della causa, massime quando si tratta di andare contro la esplicita ricognizione della stessa parte interessata.

Il Carretta ha anche opposto che la presente causa deve ritenersi per civile anche quando si voglia avere riguardo alla sua indole giacchè riflette una domanda di danni da lui sofferti per un sequestro arbitrario di una partita d'uva, dimodochè la suddetta domanda deriva dall'azione aquiliana, che è di natura civile.

Ma anche una tale eccezione presentasi infondata.

Infatti il Carretta, dopo di aver comperato dai fratelli Savoia circa 400 quintali di uva si obbligò a pagare ai fratelli Frignani proprietari e locatori del fondo da cui l'uva proveniva, lire 2000 in estinzione del residuo fitto, di cui i medesimi andavano creditori verso i Savoia. Però mentre i fratelli Frignani sostengono che le suddette lire duemila dovevano loro essere pagate nel giorno 10' ottobre 1898, il Carretta invece sostiene che il pagamento delle lire 2000 doveva, giusta le corse intelligenze, effettuarsi soltanto il 18 ottobre suddetto; e perciò ha chiesto dai fratelli Frignani il risarcimento dei danni sofferti per avere i medesimi fatto procedere il giorno 12 ottobre 1898 al sequestro conservativo dell'uva, e così impedito ad esso Carretta di procedere alla vendemmia.

Donde scorgesi che la domanda del Carretta per risarcimento di danni non è fondata sul disposto degli art. 1151 e seguenti codice civile, ma sulla pretesa violazione della convenzione colla quale i fratelli Frignani eransi obbligati sino al 18 ottobre 1898 ad aspettare il pagamento delle lire 2000 a loro dovute con facoltà intanto al predetto Carretta di far procedere alla vendemmia.

Adunque non è l'azione aquiliana quella proposta dal Carretta, ma bensì l'azione derivante da un contratto, il quale senza dubbio riveste la natura e l'indole di un contratto commerciale, giacchè non è conteso che il Carretta, commerciante, dapprima comperò l'uva dai Savoia e poscia si obbligò a pagare ai Frignani lire 2000 all'unico intento di subito rivendere e di fare così una speculazione commerciale.

Dovendosi per le premesse considerazioni dichiarare irricevibile l'appello, non può la Corte entrare nell'esame della questione di merito.

---

c) — TRIBUNALI.

MILANO. 21 novembre 1900 — *Pres.* Fietta — *Est.* Cavagnari = Lodi c. Comune di Bollate.

1. *Il Comune, che dopo avere (in seguito a concorso) nominato il medico condotto, procede alla nomina definitiva di altro medico al posto del primo, unicamente perchè la prima nomina sia stata annullata dal Prefetto, e senza attendere l'esito del ricorso dell'interessato contro il decreto prefettizio, si rende responsabile del danno a costui derivato* (1).

2. *Nel vigente sistema giurisdizionale amministrativo esistono due ricorsi contro gli atti amministrativi: cioè il ricorso in via gerarchica e il ricorso straordinario al Re* (2).

3. *Alla validità di tali ricorsi non si richiede che sieno notificati a coloro che sarebbero interessati ad opporsi* (3).

4. *La legge sulla giustizia amministrativa non ha abolito il ricorso straordinario al Re di cui all'art. 12 n. 4 della legge organica sul Consiglio di Stato* (4).

5. *È di competenza dell'autorità giudiziaria il dichiarare la illegalità della nomina d'un secondo medico, se tale illegalità sia la conseguenza necessaria della declaratoria di avere il primo medico acquistato il diritto alla nomina definitiva* (5).

6. *In questo caso è pure di competenza dell'autorità giudiziaria di stabilire l'obbligo del Comune ad integralmente eseguire la prima sua deliberazione, in tutte le sue conseguenze, col risarcimento dei danni* (6).

7. *Caso nel quale la liquidazione del danno venne determinata sulla base della differenza fra lo stipendio goduto dal medico nell'ufficio occupato, e quello che avrebbe percepito nel nuovo ufficio a cui era stato nominato* (7).

In seguito a concorso indetto il 16 giugno del 1898 dal Comune di Bollate, il

---

(1-7) Irreprensibile in tutti i suoi punti è, a parer nostro, la sentenza che riferiamo. Il Comune il quale, dopo aver regolarmente nominato un medico condotto in seguito a concorso, pel semplice fatto che la relativa deliberazione è stata revocata dall'autorità prefettizia, senza reclamare contro il superiore provvedimento, dichiarato poi illegale, e senza tampoco attendere il risultato del ricorso contro il medesimo prodotto dal sanitario, procede alla nomina di altro medico, mentre nella peggiore ipotesi avrebbe dovuto limitarsi a coprire provvisoriamente il servizio, se non è caduto in colpa, ha fuor di dubbio agito con leggerezza. È quindi giusto e legittimo venga chiamato a rispondere del danno arrecato col fatto proprio. Vano è il parlare di *forza maggiore*: a parte ogni altra considerazione di massima, nella fattispecie il provvedimento del Prefetto non sola-

dott. Lodi Giuseppe veniva da quel Consiglio comunale con deliberazione 19 marzo 1899 nominato medico condotto. Sovra ricorso di un interessato, la Prefettura revocò quella deliberazione. Il dott. Lodi con lettera del suo patrocinatore in data 6 maggio successivo comunicò al sindaco del Comune di Bollate che ricorreva in via gerarchica a sensi dell'art. 298 legge com. e prov. contro il decreto prefettizio e lo diffidava pei danni qualora avesse il Comune proceduto alla nomina di un altro medico condotto.

Il prefetto di Milano aveva annullato quella deliberazione, ritenendo irregolare la nomina del dott. Lodi, perchè non aveva presentato il certificato penale di data recente.

Il reale decreto 22 luglio 1899, accoglieva il ricorso del dott. Lodi, revocando il decreto prefettizio considerando che per le circostanze particolari del concorso, doveva reputarsi sufficiente il certificato penale prodotto dal dott. Lodi, e quindi regolare la sua nomina.

Avuta formale notizia di quel decreto, il dott. Lodi scrisse al Comune di Bollate mettendosi a sua disposizione; al che rispondeva il sindaco con lettera 20 agosto 1899, assicurandolo che appena si fosse deliberato qualche cosa in merito si sarebbe fatto premura di dargliene sollecita comunicazione, ringraziandolo frattanto della di lui cortese offerta.

Poichè la promessa comunicazione ritardava, il dott. Lodi si fece a chiedere al Comune lo stipendio arretrato; il Comune gli oppose un rifiuto, perciocchè nel frattempo aveva prescelto un altro medico condotto nella persona del dott. Gallina. Di qui la citazione 30 novembre 1899, colla quale il dott. Lodi chiamò in giudizio il Comune di Bollate, chiedendo che desse esecuzione integrale al contratto, oltre il risarcimento dei danni pel mancato adempimento, e che, come conseguenza logica, desse anche le provvidenze necessarie per l'esecuzione medesima rimuovendo cioè l'ostacolo dell'esistenza in Bollate di altro medico comunale, incompatibile col contratto.

Questo tribunale con sentenza 30 gennaio scorso dichiarava la propria incompetenza per ragione di materia; ma la Corte d'appello dopo di avere con ordinanza 30 giugno 1900 ordinato il rinvio per la presentazione dei verbali di nomina del dott. Gallina, con suo giudicato 29 luglio 1900 dichiarava invece la competenza dell'autorità giudiziaria in quanto che il Lodi agiva in giudizio per avere il riconoscimento di un diritto contrattuale, sancito nell'art. 1218, cod. civ. in relazione ai successivi art. 1225-1227, — sì che la questione della rimozione del dott. Gallina non era che una necessaria e logica conseguenza della violazione del contratto.

Riassunta la causa, il dott. Lodi credette opportuno di chiamare il dott. Gallina ad intervenire *volendo*, concludendo, come in epigrafe, per l'accoglimento delle primitive domande e pel risarcimento dei danni, previa eventuale ammissione degli incombenti pure sopra indicati.

Il convenuto Comune insiste per l'assoluzione dalle domande avversarie, opponendo non poche e non trascurabili eccezioni, met-

---

mente non era definitivo e irrevocabile, ma per di più si trovava affetto da vizi che ne provocarono la declaratoria di nullità: l'istesso decoro del Comune esigeva, ne sembra, che questo, convinto di aver correttamente agito colla designazione del Lodi a vincitore del concorso, si associasse almeno al reclamo di lui. Tornano qui a proposito le osservazioni che in riguardo alla eccezione della *vis maior* da parte delle amministrazioni comunali in simili casi abbiamo fatte annotando la decisione 5 maggio 1899 della Sezione IV del Consiglio di Stato in causa Matta c. Consorzio sanitario dei Comuni di Casanova Elvio e Formigliano (*Filangieri*, 1900, 76) e più diffusamente in nota alla sentenza 31 dicembre 1900 della Cassazione di Torino pubblicata in questo stesso fascicolo, alle quali osservazioni rimandiamo il lettore. Correttissima applicazione del principio di reciproca indipendenza fra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa è pure la statuizione del tribunale che si limita a dichiarare il diritto del dott. Lodi ad occupare il posto di medico condotto del Comune di Bollate in luogo e vece del dott. Gallina, senza interloquire sul merito delle relative deliberazioni municipali; e giusta ed equa ne pare la determinazione della misura del risarcimento.

Riguardo alle eccezioni d'ordine, la prima, quella cioè relativa alla necessità della notifica del reclamo agli enti interessati, è esclusa, quasi concordemente, dalla dottrina, e unanimamente certo dalla giurisprudenza amministrativa (Cfr. Cons. di Stato 5 giugno 1894 in *Riv. amm.* 1894, 629; 20 luglio 1896, Mirabella c. Min. int. in *Legge* 1896, II. 242). La distinzione poi fra ricorso straordinario al Re e ricorso in via gerarchica, se è controversa in teoria, è formalmente riconosciuta nella pratica amministrativa e molto ben dimostrata nella sentenza del tribunale di Milano sulle orme di quell'insigne giurista che è il prof. ORLANDO (*L'ordinamento della giustizia amm. nel Compl. tratt. di dir. amm. ital.*, cap. II, nn. 62 e segg.). Che il cosidetto ricorso straordinario sia tuttodì esperibile e differisca da quello di cui all'articolo 12 della legge 2 giugno 1889, ha giudicato più volte la Sezione IV: si veggano ad es. le decisioni 28 agosto 1890 (*Giust. amm.*, 1890, 250) e 15 gennaio 1892 (*Legge*. 1892, I, 424).

La sentenza della Corte di Milano, resa in questa medesima causa, si legge in *Filangieri*, 1900, 862, col richiamo.

tendo innanzi l'opportunità di integrare il giudizio colla presenza del dottor Gallina, per dovere la sentenza eventualmente spiegare efficacia anche contro di lui, e facendo del resto osservare che per non essere stato il dott. Gallina citato in persona propria, si dovesse e quindi si debba provvedere di conformità all'art. 382 c. p. c.

Occorre sgombare il terreno dall'eccezione d'ordine, testè esposta.

Poteva sembrare ragionevolmente opportuno all'attore di porre il dott. Gallina in grado di conoscere la controversia ed apprezzare la convenienza di intervenirvi, e fu saggio consiglio segnalare al dott. Gallina la *facoltà*, non l'*obbligo* di intervenire. Il migliore giudice del proprio interesse era egli stesso.

Per la facoltà concessagli, non poteva acquistare la vera e propria qualità di *convenuto;* e pertanto non ricorreva l'applicazione dell'art. 382 c. p. c.

Ciò premesso, le questioni proposte dalle eccezioni del convenuto Comune si riassumono in questi termini:

1.° Il prefetto trasmise il decreto di annullamento della dichiarazione di nomina del dott. Lodi al Comune di Bollate, *per la sua esecuzione.* Il Comune doveva procedere tosto a nuova nomina, con la massima sollecitudine, trattandosi di un servizio urgente come il sanitario. Così fece, obbedendo agli ordini dati dall'autorità superiore, costrettovi quindi da una forza maggiore, ad ogni modo prevedibile dal Lodi, che doveva capire come le deliberazioni della pubblica amministrazione sono soggette ad approvazioni, che possono mancare, e che perciò della mancata previsione e delle sue dannose conseguenze sarebbe egli stesso imputabile; così fece, coll'acquiescenza dello stesso dott. Lodi, il quale accettò il fatto compiuto della nomina del dott. Gallina. Nè era il Comune obbligato a dare notizia di ciò che voleva fare al dott. Lodi.

2.° Non avendo il dott. Lodi regolarmente notificato il ricorso al Comune, questo non aveva nessun obbligo di provvedere e di premunirsi. La lettera mandata al Comune non aveva verun carattere giuridico — anzi questo modo era irregolare e irrito in faccia al Comune, perchè i principî del nostro diritto processuale vogliono che chi reclama contro un deliberato qualsiasi, proponga il proprio ricorso in confronto a tutte le parti che alla riforma o alla conservazione di esso hanno interesse. E non avendosi avuto dunque in quella superiore sede di cognizione la presenza del Comune, dovrà ritenersi la deliberazione inefficace di fronte a questo.

3.° Il ricorso al Re non era nè fondato nè legale, e il decreto reale che lo accolse non è efficace nè ineccepibile.

Dopo l'attuazione della legge sulla giustizia amministrativa il sentimento di tutti i giuristi competenti in materia è che il ricorso al Re, istituto già prima mal definito nelle nostre leggi, non possa più essere proposto, avendo perduto ogni ragione d'essere, ed essendo stato surrogato dal ricorso alla Sezione IV del Consiglio di Stato, che nel caso concreto avrebbe dovuto conoscere del ricorso del dott. Lodi in virtù dell'art. 24 della legge sul Consiglio di Stato, testo unico 2 giugno 1889.

Se si potesse ritenere tuttora in vigore il ricorso al Re, per l'art. 12 n. 4 della legge predetta, l'unica disposizione che vi accenna incidentalmente, è concesso solo pel caso di reclamo contro la *legittimità di provvedimenti amministrativi*, ossia quando questi sieno impugnati *per incompetenza o per irregolarità*, mentre nessuno di questi difetti potè essere attribuito al decreto prefettizio in questione.

La disposizione dell'art. 298 legge com. e prov. conferma questa tesi, essendosi ammesso il ricorso in via gerarchica, quando non sia diversamente stabilito; ed essendo appunto dall'art. 24 della legge organica sul Consiglio di Stato deferita la cognizione dei reclami in parola alla Sezione IV.

Che se per ipotesi il dott. Lodi avesse potuto ricorrere in via gerarchica, anzichè alla Sezione IV, egli avrebbe dovuto rivolgersi non al Re, ma al Ministro competente (quello dell'interno).

Il ricorso al Re, esperito dal dott. Lodi, è un rimedio straordinario, e che non si può esperire se non quando sia esaurito quello in via gerarchica.

In ogni caso non si potrà attribuire al decreto reale effetto di cosa giudicata; il tribunale non può piegarsi che dinanzi alla legge, alla vera cosa giudicata, e il decreto reale non è nè legge nè cosa giudicata.

4.° A tenore della sentenza della Corte d'appello si riconosce l'inammessibilità della domanda di rimozione del dott. Gallina, quindi il tribunale non deve già estendere la propria cognizione alla revoca di quella nomina, ma dovrà limitarla alla lesione del diritto di nomina che si pretende dal dottor Lodi precedentemente acquistato, e le cui conseguenze sono tracciate dall'art. 1165 c. c. dove l'adempimento del contratto deve *essere possibile*, per essere oggetto di coazione; possibilità che non esiste nel caso concreto, perchè bisognerebbe potere mandar via il dott. Gallina, cosa che la Corte stessa riconobbe che si doveva meglio tralasciare di chiedere, tanto è assurda e impossibile.

5.° Se danno vi è, non è imputabile al

Comune, costretto, come si disse, dalla forza maggiore del *comando del superiore*, e mancando il dolo, ed essendovi invece la maggiore buona fede del Comune, questi non sarebbe tenuto che pei danni preveduti o prevedibili, fra i quali non si possono comprendere tutti quelli chiesti dal dott. Lodi, e si dovrebbe in ogni caso attribuire a quest'ultimo quei danni che dipesero dal suo stesso fatto, vale a dire il reclamo irregolarmente proposto, e i danni dovrebbero ridursi in definitiva alla metà della differenza dello stipendio attuale e quello che avrebbe goduto se fosse stato assunto a medico condotto del Comune di Bollate.

Ora l'esame di ciascuno di questo gruppo di eccezioni dimostra come nessuno sia fondato, e come debba accogliersi invece l'assunto dell'attore.

1.º Il decreto prefettizio che annullava la deliberazione del consiglio comunale di Bollate, relativamente alla nomina del dottor Lodi a medico condotto rimetteva al Comune l'esecuzione del decreto medesimo. Ma ciò non implicava che il Comune dovesse acconciarsi senz'altro a quel provvedimento, e non gli fosse lecito di ricercare se conveniva reclamare contro di esso o sospendere pel momento ogni altra decisione in attesa degli effetti del ricorso del dott. Lodi.

Secondo l'art. 192 della legge com. e prov. testo unico, il Consiglio comunale può, contro l'annullamento delle deliberazioni pronunciate dal prefetto, ricorrere al Governo del Re, il quale provvede con decreto reale, udito il Consiglio di Stato.

Sino a che è aperta la via al reclamo, non può dirsi che vi sia una coazione, una necessità di ubbidire all'autorità superiore, una forza maggiore, sotto la quale bisogna piegare. Tanto meno esisterà questa pretesa costrizione nei rapporti tra il Comune e il prefetto per l'ovvia considerazione che l'autonomia comunale, riconosciuta dalla legge vigente, esclude quella vera e propria dipendenza gerarchica, per la quale il Comune debba reputarsi soggetto all'autorità gerarchica superiore del prefetto. Si potrà sostenere che i freni e i vincoli opposti dal sostenere in vigore alla potestà comunale siano eccessivi; ma non si potrà mai sostenere che tra i Comuni e l'autorità prefettizia e gerarchica vi siano rapporti, ripetesi, da inferiore a superiore. Il fatto o decreto del principe in cui secondo la vecchia ed ormai vieta tradizione si sintetizza l'antica soggezione, che annienta la volontà del suddito, per sostituirvi integralmente e dispoticamente quella del principe, cioè del capo o superiore, non può più assumersi a guida di consimili rapporti ed equipararsi alla forza maggiore.

Se anche non esistessero per disposizione di legge mezzi appositi di reclamo, questi si attingerebbero a tutte quelle altre fonti, dischiuse dalle libere istituzioni e dai principî e dalle consuetudini dello Stato rappresentativo.

Nemmeno poteva ragionevolmente il Consiglio comunale di Bollate riscontrare la necessità di procedere alla nomina di altro medico condotto nelle esigenze del servizio sanitario, perchè queste erano ugualmente soddisfatte colla supplenza del medico condotto. Se questo saggio partito, pur proposto e sostenuto da una illuminata minoranza, fu respinto, le conseguenze devono ricadere sul Comune, non su altri.

Non è superfluo ricordare che nella seduta del 7 maggio 1899 il consigliere Frigerio espresse l'avviso che si sospendesse ancora la nomina per dare adito al dottor Lodi a fare le pratiche in via gerarchica per la revoca del decreto prefettizio; che lo stesso consigliere Frigerio e il consigliere Radice accennavano al pericolo di gravi spese che il Comune avrebbe potuto incontrare per indennizzo od altro in conseguenza del procedimento che constava loro volere il dottor Lodi iniziare.

Queste giuste osservazioni vennero ribattute dal presidente, il quale fra le altre cose disse *essere molto problematica quella di compenso, qualora la causa fosse favorevole al dott. Lodi*, mentre, proponendo la nomina, il Comune doveva con certezza incontrare la maggiore e non indifferente spesa di supplenza, di essere in quanto al ricorso del dott. Lodi il Comune affatto estraneo alla questione, riguardando questo un atto della superiore autorità prefettizia, e la rappresentanza comunale procedendo ad una nuova nomina, non faceva che obbedire strettamente ad un decreto emanato dal signor Prefetto, nè avrebbe potuto fare altrimenti senza mancare al dovuto rispetto verso la superiore autorità. Queste considerazioni ebbero il sopravento, malgrado il poco conto da esse tenuto della vera convenienza economica e morale della situazione creata al Comune dalla questione Lodi.

E tutto ciò si compì dal Comune non solo senza che il dott. Lodi, che aveva a mezzo del suo procuratore dichiarato che avrebbe ricorso contro il decreto prefettizio e diffidato il Comune della responsabilità a cui esso si sarebbe esposto altrimenti operando, nè fosse informato e interpellato, ma in aperto disprezzo dei suoi diritti, ed ora la difesa del Comune osa persino dire che il dottor Lodi avrebbe dovuto prevedere queste conseguenze, perchè l'impiegato che aspira ad un concorso ed è chiamato ad un ufficio deve essere pronto ad ogni evento di-

pendente dalla condizione di approvazione e revisione, a cui ogni deliberazione è soggetta.

Quindi, ad avviso del Comune, l'annullamento della nomina è un fatto naturale da entrare nella ordinaria previsione dell'impiegato

A parte il vizio morale di simile ragionare, il vizio giuridico sta nel dimenticare le considerazioni di intuitiva evidenza che al diritto apertamente riconosciuto dalla legge all'impiegato, come a qualsiasi altro interessato, di reclamare contro il provvedimento che lo danneggiò, corrisponde il dovere nella pubblica Amministrazione, autrice della nomina, di cooperare coll'impiegato medesimo per la riforma del provvedimento, o quanto meno di attendere l'esito del reclamo, perchè l'effetto della deliberazione originaria, che creò il rapporto giuridico tra l'Amministrazione e l'impiegato, è sospeso per ambedue le parti in virtù del reclamo. Così dicasi nel caso opposto.

Dal giorno in cui fu riconosciuto dovere la giustizia imperare anche nell'amministrazione, e che questo nobilissimo principio diventò elemento vivo delle leggi che si dicono appunto della giustizia amministrativa, non può aversi in dubbio il fondamento di questa affermazione.

Il reclamo del dott. Lodi, le comunicazioni da lui fatte al Comune di Bollate, la di lui giusta attesa delle deliberazioni, secondo l'autorevole promessa del sindaco, la considerazione che la decadenza del dottor Gallina dalla nomina di medico condotto dovesse essere una conseguenza naturale e diretta della revoca del decreto prefettizio, l'ulteriore considerazione che le rinunzie non si presumono, sono elementi tali da escludere che il dott. Lodi si fosse acquietato al fatto compiuto, e si fosse rassegnato a subire l'atto arbitrario, inconsulto del Comune di Bollate.

2.° Si chiarirà più innanzi la capitale distinzione fra ricorso gerarchico e ricorso al Re, istituti che il convenuto tende abilmente a confondere, e si dimostrerà che quello in discorso è ricorso gerarchico puramente, contemplato dal combinato disposto dell'art. 3 della legge sul contenzioso amministrativo e dall'art. 298 della legge com. e prov. testo unico.

Ora secondo questa seconda disposizione il ricorso deve essere prodotto nel termine di 30 giorni dall'intimazione della deliberazione oggetto del reclamo.

Ma non è anche prescritto che il ricorso debba essere notificato a chi può avervi interesse, nè può ritenersi che tale formalità sia implicita nel principio generale del contradditorio sancito nell'art. 36 c. p. c., perocchè qui non si tratta di materia contenziosa, carattere escluso dalla stessa qualità di reclamo in via gerarchica.

La dottrina è di questo avviso. Il professor Orlando (*Trattato di diritto amministrativo*, pag. 687, vol. III), rilevato che si è fatto questione se il ricorso gerarchico debba essere notificato a coloro che hanno interesse di opporvisi, giustamente osserva che è strano che una simile questione sia potuta salire agli onori di una discussione in IV Sezione, essendo evidente che tutto il modo stesso onde questa materia è regolata dal diritto italiano più ancora che il silenzio della legge in tale riguardo esclude la costituzione regolare del contradditorio. La decisione della IV Sezione nell'affermare ciò soggiunse che è l'autorità amministrativa medesima che comunica i ricorsi agli eventuali interessati, *se e quando e nei termini* che essa stima opportuno. È un'autorità affatto discrezionale, conclude l'Orlando con felice sintesi, *il cui esercizio e la cui omissione non è produttiva di alcun effetto giuridico.* E si deve appunto a questo carattere discrezionale che trova riscontro nella giurisdizione volontaria dell'autorità giudiziaria, il non essere richiesta in generale per le risoluzioni dell'autorità amministrativa una solennità di forma.

Ma non è nemmeno soggetto alla formalità della notificazione il ricorso straordinario al Re, al quale vorrebbe il Comune convenuto, come fu visto, equiparare il ricorso in questione, quantunque si tratti di ricorso di maggiore gravità. Valgono le stesse considerazioni esposte relativamente al primo. Alcuni scrittori hanno affermato che è pratica costante del Consiglio di Stato di far notificare il ricorso agli altri interessati affinchè abbiano modo di proporre le loro deduzioni scritte per mezzo dell'amministrazione. Ma il ricordato prof. Orlando osserva che se questa pratica esiste, esiste solo per supplire alla deficienza della notificazione, non stabilita nella legge, e non esiste come regola costante, anzi da un parere del Consiglio di Stato 5 giugno 1894 si deduce la non obbligatorietà della notificazione. Quindi tutto quello che la pratica ha fatto è soltanto di *consigliare* come cosa opportuna e come regola l'obbligo della notificazione.

3.° Qui è la più grave questione di diritto.

Il Collegio conviene col Comune sul potere che spetta istituzionalmente all'autorità giudiziaria di ricercare se un dato provvedimento amministrativo, dalla più modesta disposizione di un sindaco al decreto reale, sia conforme alla legge e ne rivesta tutti i requisiti estrinseci. Ed è per ciò che esso procede all'indagine che gli è sottoposta dal convenuto.

Si è testè accennato alla differenza sostanziale fra ricorso in via gerarchica e ricorso al Re, e si è pure affermato che il ricorso in questione è della prima specie.

Il primo ricorso concerne il reclamo per qualsiasi ragione, ma sopratutto per ragione di merito contro il provvedimento dell'autorità inferiore o subordinata all'autorità superiore per la modificazione o annullamento del provvedimento medesimo e costituisce il mezzo ordinario per ottenere dall'amministrazione la riparazione del torto nella sua stessa sfera, mediante un riesame dell'affare e della pratica.

Come si disse, esso ha il suo nascimento nell'art. 3 della legge sul contenzioso: « Gli affari non compresi nell'articolo precedente (affari devoluti all'autorità giudiziaria) saranno attribuiti alle autorità amministrative le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei Consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti ».

Contro tali decreti che saranno scritti in calce del parere ugualmente motivato, *è ammesso il ricorso in via gerarchica*, in conformità delle leggi amministrative.

Questa è la norma positiva che concerne il ricorso in via gerarchica, il quale per altro preesiste nella ragione stessa delle cose, nei principî generali che regolano le amministrazioni pubbliche, inquantochè la necessità e la facoltà o la giustizia del riesame da parte della persona, dell'ufficio, dell'autorità che sta sopra, sono casi inerenti al provvedimento, alla deliberazione e decisione presa, da potere il superiore medesimo provvedere esso medesimo indipendentemente dal reclamo, *ex officio*, per proprio diritto, a provocare l'esercizio del quale basta anche la semplice denunzia o comunicazione dell'atto oggetto del riesame.

Il già ricordato art. 298 della legge com. e prov. riconferma e riproduce l'istituto del ricorso in via gerarchica. A meno che, dispone l'articolo, non sia diversamente stabilito, pei singoli casi è ammesso il ricorso in via gerarchica contro le deliberazioni delle autorità inferiori, e questo ricorso sarà prodotto all'autorità superiore nel termine, ecc.

In altri articoli di quella legge e di altre leggi, specie della legge sui lavori pubblici, si fa cenno ancora del detto ricorso. Esso è però principalmente disciplinato dalla pratica,

Oltre questo ricorso in via gerarchica, ordinario, abbracciante tutti i motivi formali e sostanziali, in virtù dei quali un certo provvedimento amministrativo può essere oggetto di riesame, di riforma, di ricorsi, di annullamento o di modificazioni, vi è il ricorso straordinario al Re, previsto dall'unica e smilza disposizione dell'art. 12 n. 4 della legge organica del Consiglio di Stato, quel ricorso che il convenuto, male interpretando l'opinione del prof. Orlando, pretenderebbe essere stato surrogato dal ricorso in contenzioso alla IV Sezione del Consiglio di Stato.

La disposizione suona così: (si dovrà domandare il parere del Consiglio di Stato): « Sui ricorsi al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e non possano più proporsi domande di riparazione in via gerarchica ».

Tale disposizione ha una duplice importanza perchè nello stesso tempo che dà l'idea esatta di quel rimedio straordinario, conferma e definisce il ricorso in via gerarchica, come la domanda proposta in via gerarchica per ottenere la sospensione del provvedimento amministrativo dell'autorità inferiore, dall'autorità superiore, che può essere, secondo i casi, il prefetto, il ministro o Governo del Re (due espressioni queste ultime usate promiscuamente dalla legge per manifestare l'identico concetto del potere esecutivo).

Ma naturalmente il ricorso al Re non è il ricorso in via gerarchica, perchè il Re sta al di sopra, al di fuori della gerarchia, perchè la via gerarchica è quella che si svolge al disotto del Re, non oltre il potere ministeriale, e si esaurisce a sensi della detta disposizione colle *domande di riparazione* del provvedimento amministrativo, domande di riparazione che possono avere, come si disse, i motivi più svariati, di forma e sostanza, mentre il ricorso al Re non può avere altro motivo che quello della *legittimità*.

Dunque non è che il ricorso al Re sia stato surrogato dal ricorso al Consiglio di Stato - IV Sezione, ma è assolutamente diverso e distinto da questo, e quindi non surrogabile, come è confermato dalle disposizioni dell'art. 28 della legge predetta. « Quando la legge non prescrive altrimenti, il ricorso alla Sezione IV non è ammesso, se non contro il provvedimento definitivo, emanato in sede amministrativa sul ricorso presentato in via gerarchica ».

« Tale ricorso non è più ammesso quando contro il provvedimento definitivo siasi presentato ricorso al Re in sede amministrativa secondo la legge vigente.

Ed ecco un'altra disposizione della legge che ribadisce l'esistenza di due specie di ricorsi — gerarchico-ordinario; straordinario al Re. — Questi due ricorsi però hanno il carattere comune di appartenere alla sede amministrativa, vale a dire *non contenziosa, discrezionale, onoraria*, mentre il ricorso alla IV Sez. del Cons. di Stato appartiene alla sfera *contenziosa,* avvertendo inoltre che coi due

primi si invita la stessa amministrazione dai più umili ai più alti gradi a rinvenire sulle proprie decisioni, mentre col terzo si tende a far costringere l'amministrazione medesima a diversa decisione, mediante un vero e proprio giudicato del tribunale amministrativo.

Vi ha di più. Il ricorso straordinario al Re per la legittimità del provvedimento amministrativo, appare diretto piuttosto contro il provvedimento o atto ministeriale che contro il provvedimento di un'autorità inferiore, perciocchè esso, come già rilevò il Collegio, richiede che siano esaurite e non possano proporsi più *domande di riparazione in via gerarchica*. Al capo della gerarchia sta il potere ministeriale, o Governo del Re; onde, contro gli atti di questo, soccorre il reclamo straordinario al Re.

Riassumendo, il tribunale ripeterà col prof. Orlando (*Trattato* cit., pag. 698), che il ricorso al Re per illegittimità costituisce una manifestazione di quel principio generale per cui l'amministrazione dello Stato ha per suo compito di provvedere con propri organi e propri istituti alla riparazione dei torti avvenuti nell' esercizio dell'attività sua, manifestazione che, sino alla riforma del 1889 che istituì la IV Sezione del Consiglio di Stato, era la più elevata e l'unica circondata da relative garanzie e quindi limitata da condizioni apposite; l'esercizio di simile podestà sembrò opportuno di riservarsi formalmente al Sovrano, di fatto al ministro responsabile coadiuvato dal giudizio del più alto corpo consultivo dello Stato. Dall' altro canto però esiste nel nostro diritto positivo larga traccia di un altro e diverso ricorso al Re, ricorso non di legittimità, ma di merito, ricorso sostanzialmente diretto al ministro, come capo effettivo della gerarchia, ma la cui autorità non si considerò allora come separata e per sè stante, di fronte a quella del Re.

Come vedesi, anche il Collegio ha invocato l'autorità grandissima della dottrina più recente, esposta nelle pagine dell'Orlando a cui pure ricorse il Comune convenuto. Questi però tacque quel che l'insigne autore aggiunge alla sua affermazione della deficienza legislativa nella materia del ricorso gerarchico. Se si considera la costruzione, scrive l'Orlando, di questo istituto dal solo lato legislativo, potrebbe assomigliarsi ad una piramide rovesciata, che poggi sulla punta, ma la teoria, la pratica e i precedenti amministrativi si sono incaricati di compiere essi quella costruzione, la quale è precisamente questa che si è cercato ora di delineare nel modo più conciso e più chiaro.

Non occorre spendere molte parole per dimostrare come il ricorso presentato dal dott. Lodi contro il decreto prefettizio è appunto per il suo contenuto e per il suo fine, e per l'autorità a cui era diretto, ricorso semplice ordinario in via gerarchica. In sostanza mirava a far *riparare* un provvedimento del prefetto mediante un riesame delle condizioni del concorso di medico condotto presso il Comune di Bollate e della deliberazione di nomina del dott. Lodi, riesame che dava luogo ad un'indagine e ad una decisione sul *merito* di quei due atti medesimi, in quanto ne veniva ad essere stabilita o esclusa l'*attitudine morale*, la *moralità* del dott. Lodi. Ma foss'anche indagine diretta alla *legalità* della deliberazione per dovere mettere questa a raffronto colle condizioni estrinseche del concorso e della nomina, e particolarmente con quella della presentazione del certificato penale, non poteva cangiarsene la natura, perchè, prescindendo da tutti gli altri caratteri differenziali di fronte al ricorso straordinario al Re, il ricorso gerarchico può anche riferirsi alla questione della legalità o legittimità, attesa la sua amplissima sfera di afficienza e di causalità, come naturale e logica conseguenza della *riparazione* del provvedimento dell'autorità amministrativa inferiore, fine supremo del ricorso stesso.

Un'ultima osservazione in quanto tiene per confutare l'ulteriore affermazione del convenuto circa l'interpretazione dell'art. 298 della legge com. e prov. più volte ricordato.

Non ha ragione esso di sostenere che questo articolo ribadisce la sua tesi. Tutt'altro.

La riserva per le disposizioni degli articoli 12 n. 4 e 24 della legge 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato e dell'articolo 19 della legge 1.° maggio 1890 sull'ordinamento della giustizia amministrativa non ha altro scopo che di far salvo a chi produce il ricorso in via gerarchica il diritto di produrre quello straordinario al Re sulla *legittimità* del provvedimento, e di spiegare il ricorso in sede *contenziosa*. Con questa riserva la legge volle rendere ancor più spiccata e più chiara la distinzione fra il rimedio gerarchico ordinario e il rimedio gerarchico straordinario e il ricorso in sede contenziosa, per prevenire ogni pericolo di confusione, e per tenere separate le rispettive sfere d'azione dell'autorità gerarchica del Re, della IV Sezione del Consiglio di Stato, per far comprendere infine che il ricorso in via gerarchica non escludeva gli altri, e che anzi doveva essere un antecedente necessario di questi ultimi, siccome è stabilito *in terminis* da quegli stessi articoli.

4.° La sentenza della Corte d'appello già

affermò esplicitamente che la domanda dell'attore per l'emissione da parte dell'autorità giudiziaria delle provvidenze necessarie per la rimozione dell'altro medico, dott. Gallina, non era che una delle conseguenze che per necessità di cose dovevano derivare dall'affermazione del di lui diritto di vedere rispettato il contratto fra le parti; conseguenza che se poteva tralasciare, tuttavia omettendola non cessava perciò di essere conseguenza logica, perchè domandando il rispetto del contratto e non potendo il Comune avere due medici, ne era logico e naturale che l'inclusione di uno portasse la rimozione dell'altro.

Questo ragionamento della Corte d'appello si attiene rigorosamente al precetto sancito nell'art. 4 della legge sul contenzioso, pel quale i tribunali devono limitarsi a conoscere degli effetti dell'atto amministrativo ritenuto lesivo di un diritto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, dovendo essere l'atto amministrativo revocato o modificato solo dalle autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso; principio confermato e completato dall'articolo 25 n. 6 della legge organica sul Consiglio di Stato. La IV Sezione del Consiglio di Stato deciderà pronunciando anche in merito dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuta la lesione di un diritto civile o politico.

In sostanza, in virtù di queste norme, il magistrato addita la riparazione necessaria per reintegrare il diritto subbiettivo violato o danneggiato; pur non pronunziando la revoca o la modificazione, determina in modo necessario l'una o l'altra.

Venendo al fatto concreto il D. R. 11 luglio 1899 revocando il precedente decreto prefettizio affermò la regolarità della nomina del dott. Lodi. Ora l'effetto di questa decisione, di questo provvedimento amministrativo, base dell'azione del dott. Lodi in questa sede, è tanto la esecuzione della deliberazione relativa a quella nomina e cioè la manutenzione del contratto implicito nella stessa deliberazione, quanto la decadenza della nomina dell'altro medico, e quanto le indennità chieste dal dott. Lodi.

Il tribunale certamente uscirebbe dai limiti della sua giurisdizione se revocasse senz'altro la deliberazione consigliare relativa alla nomina del dott. Gallina e ordinasse sin d'ora la dimissione e rimozione di questi.

In altri termini proclamandosi dal tribunale l'obbligo del Comune di Bollate di rispettare la deliberazione relativa alla nomina del dott. Lodi è logicamente tratto a dichiarare anche l'illegalità, l'inefficacia della successiva nomina del dott. Gallina, perchè se il dott. Lodi è il vero e legittimo medico condotto di Bollate, non può esserlo manifestamente il dott. Gallina.

Del resto tanto è chiara la giurisdizione dell'autorità giudiziaria anche su questo effetto della conseguente decadenza del dottor Gallina, che lo stesso convenuto propone una vera questione giuridica coll'osservare che saggiamente il legislatore nell'art. 1165 c. c. riconosce al creditore (Lodi) la facoltà di costringere il detto Comune all'adempimento del contratto, *quando sia possibile*, mentre qui non vi è possibilità, non potendosi mandar via il dott. Gallina.

Ricercare se questa possibilità esista o non esista è una vera e propria indagine giuridica, e il tribunale deve pronunciarsi in merito, per dettare la norma giuridica che le autorità amministrative competenti dovranno seguire per *conformarsi al giudicato* dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso, a sensi dell'art. 4 della legge sul contenzioso. Se questa norma giuridica mancasse, l'autorità amministrativa non potrebbe esplicare la sua funzione *esecutiva* in modo integrale, perchè si troverebbe impotente di fronte alla deliberazione di nomina del dottor Gallina.

5.° Ultimo tema, misura dei danni: Si esclude innanzi tutto ogni preteso concorso di colpa del dott. Lodi per le ragioni suesposte, come si esclude che il Comune possa invocare la forza maggiore del comando del superiore, ancora per le conclusioni svolte precedentemente, e si esclude in fine che nel Comune di Bollate si riscontri dolo, quantunque la sua condotta sia stata poco prudente.

I danni dunque si devono calcolare nel caso concreto a sensi dell'art. 1228 c. c., dai quali vanno eliminati i titoli accampati dall'attore per non avere potuto usufruire delle visite delle 205 famiglie paganti il medico e di altre famiglie non conosciute paganti pure il medico che dànno in media un reddito annuo di L. 1000, e per avere dovuto, colla condotta di Rovellasca, sostenere la spesa annua di oltre a L. 1000 in più per l'educazione e istruzione dei suoi figli. Questi danni, se anche sussistono, sono *occasionali* non *causali* dalla violazione del contratto, non costituiscono una conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento del contratto, dipendendo o da fatti incerti e eventuali, o da circostanze e condizioni non essenziali, di pura convenienza e concordità.

L'unico danno riscontrato pertanto riguarderebbe il pagamento dello stipendio; e più particolarmente la differenza tra quello per-

cepito attualmente dal dott. Lodi quale medico condotto di Rovellasca in L. 2700 e quello che avrebbe dovuto percepire a Bollate in L. 4150; pagamento che deve decorrere dal 7 agosto 1899 (data della notifica del decreto regio di annullamento del decreto prefettizio) sino al giorno dell'ammissione nella carica; differenza che ammonta annualmente a L. 1450 che dovranno quindi essere assegnate al dott. Lodi in via definitiva, non in via provvisionale siccome chiede, non ammettendosi altre ragioni di danno.

Le spese seguono la soccombenza. L'esecuzione provvisoria della sentenza è giustificata dalle considerazioni che la domanda dell'attore si fonda sopra una formale deliberazione amministrativa, che riveste indubbiamente i caratteri di titolo autentico.

---

d) — PRETURE.

MILANO (Mand. V), 27 dicembre 1900 — *Est.* Alberici — Società Editrice Libraria c. Gallina.

1. *Dicendosi in un contratto di associazione libraria che l'editore pubblicherà* possibilmente *un dato numero di fascicoli al mese, il fatto va interpretato con certa larghezza a favore dell'editore cui deve essere conceduta libertà d'azione fino al punto in cui ad esso non sia rimproverabile alcun abuso e all'associato sia ugualmente garantito il conseguimento dei vantaggi che si è prefissi con l'acquisto dell'opera* (1).

2. *Il fallimento dell'editore non risolve il contratto di associazione libraria se la rappresentanza del fallimento medesimo non ne denunziò la cessazione e il contratto venne assunto da altra ditta editrice a scienza e pazienza degli interessati* (2).

Ha la Società Editrice violato gli obblighi assunti circa il modo di pubblicazione dell'opera « Dizionario di Chimica » del Würtz?

In questa domanda si racchiude tutto il nodo della causa, dovendosi in caso di risoluzione negativa schiudere l'adito alle domande attrici, e in caso contrario dovendosi riconoscere nel Gallina il diritto — in base alla massima *inadempienti non est adimplendum* — di rifiutare il pagamento degli arretrati e di liberarsi definitivamente dall'osservanza del contratto.

« L'opera si pubblicherà a fascicoli di 32 pagine ed ogni mese si daranno possibilmente circa due fascicoli ».

Così sta letteralmente scritto nel programma dimesso in causa che forma parte integrante dell'associazione e che determina la sfera dei rispettivi diritti e doveri dei contraenti.

Ora non v'è dubbio che mediante una tale clausola l'editore volle riservarsi una certa latitudine di poteri. Negare ciò, sostenendo che il numero mensile dei due fascicoli sia tassativo e di rigore sarebbe come sopprimere nel testo le parole « possibilmente » e « circa », sarebbe come togliere ogni efficacia ai concetti di possibilità e di approssimazione che le parti ebbero di mira nell'obbligarsi. Con che manifestamente si arriva ad un travisamento della volontà contrattuale ed all' oblìo del precetto contenuto nell'art. 1132 del cod. civ. in forza del quale se una clausola ammette due sensi deve essere intesa *magis ut valeat quam pereat*.

Senonchè anche nel silenzio del programma dovrebbesi concedere all'editore un margine di tolleranza come quello che si può chiamare implicito nella natura stessa del contratto di associazione libraria, vuoi perchè alle opere dell'ingegno non si possono attagliare gli stessi principî applicabili alla consegna delle merci e delle derrate, vuoi perchè gli autori mal soffrirebbero di essere coartati ad una produzione periodica e misurata entro inflessibili spazi di tempo e di quantità, vuoi perchè una esagerata severità verso gli editori, ripercuotendosi in altrettanta costrizione intellettuale per gli scrittori, tornerebbe troppo pregiudizievole all'incremento degli studi ed agli interessi generali della scienza. Si aggiunga, nella specie, la mole dell'opera da pubblicarsi in un lungo periodo di anni col concorso di numerosi collaboratori, e ciascuno di leggeri trascorrerà col pensiero alle molteplici vicende perturbatrici cui anche il più regolare esercizio commerciale non riesce a sottrarsi, alle probabilità di contrasti tra qualche autore e l'editore, alle maggiori occasioni di ritardi nella consegna dei manoscritti, alle cresciute difficoltà tecniche e pecuniarie dell'impresa.

Ciò si dice non perchè si creda che codeste circostanze bastino a svincolare in massima l'editore dagli impegni incontrati col pubblico, ma perchè si ritiene che nessuna debba essere trascurata nella valutazione dei pretesi inadempimenti, tutte concorrendo a giustificare una tal quale larghezza di criteri a beneficio della Società Editrice.

(1-2) Cfr., riguardo alla prima massima, T. Milano, 6 febbraio 1900 in *Filangieri*, 1900, 302 col richiamo. — Quanto alla seconda non ne sembra che possa cader dubbio di sorta.

Posta come regola la tolleranza, tutto sta nello stabilirne i limiti, dovendosi certamente impedire che la pubblicazione di un'opera sia rimessa nelle sue modalità all'arbitrio dell'editore e che dipenda dalla sua mera insindacabile volontà di rispettare i termini che egli stesso si è imposti.

E qui il Pretore crede di non andare errato fissando il principio che si possa concedere libertà di azione fino al punto in cui all' editore non sia rimproverabile alcun abuso ed all'associato sia ugualmente garantito il conseguimento dei vantaggi che si è prefissi con l'acquisto dell'opera.

Ora, scendendo dall'astratto al concreto, risulta a fior di evidenza che il ritardo commesso dalla Società Editrice non è di grave entità così da poter assorgere a motivo determinante la risoluzione del contratto.

Posto come pacifico che nell'aprile del 1891 erano venuti alla luce 29 fascicoli e che nell'aprile del 1900 si raggiunse il numero di 202, ne consegue che soltanto 43 fascicoli in meno siano stati pubblicati nello spazio di ben nove anni e che in ciascun anno l'arretrato sia inferiore ad una media di cinque fascicoli. Tenuta presente la facoltà discrezionale che l'editore si è assicurata col programma, e fatto riflesso a quanto altro in linea di massima si è venuto esponendo, sembra quindi che la Società abbia sufficientemente o t t e m p e r a t o al patto.

Ad escludere che l'attrice sia redarguibile di colpa, giovi poi notare che il rallentarsi della pubblicazione «ebbe luogo specialmente» (sono le parole dello stesso convenuto) «allorchè fu dichiarato il fallimento della Ditta Leonardo Vallardi originaria editrice dell'opera». E ben si comprende che codesto fatto, il subentrare di una ditta all'altra, l'impossessarsi del materiale in corso, la ripresa dei rapporti cogli associati e coi compilatori, tutto ciò abbia potuto influire sulla puntuale emissione dei fascicoli indipendentemente dalla buona volontà dell'editore. Opporre che, sopravvenuto il fallimento della Ditta Vallardi, gli associati restarono *de jure* sciolti dalle contratte obbligazioni, è asserire cosa per lo meno inesatta non avendo la rappresentanza del fallimento denunziata la cessazione dei contratti e questi anzi essendo stati assunti in continuazione da un'altra ditta editrice a scienza e pazienza degli interessati. Solo se la sostituzione della Società Editrice al Vallardi fosse riuscita pregiudizievole all'edizione dell'opera, gli associati in generale ed il Gallina in particolare avrebbero potuto dolersene; ma è il convenuto che spontaneamente riconosce avere anzi la Società Editrice dato impulso alla pubblicazione per compensare i ritardi passati.

Sia pure, come sostiene il Gallina, che il caso di forza maggiore valga ad esonerare dall'obbligo della rifusione dei danni e non sia di ostacolo all'ingresso dell'azione di scioglimento del contratto, ma è qui intuitivo che il fallimento viene invocato come altra delle cause generatrici del ritardo, come una ulteriore giustificazione della Società, come la prova di quella «impossibilità» di osservare rigorosamente il termine che è stata *expressis verbis* dedotta in contratto. Ancora la Società ha fatto notare che la breve mora si è verificata nell'anno 1883 e che il Gallina ha concluso l'associazione solo il 15 aprile 1891. E poichè non vennero contestate queste date come corrispondenti rispettivamente agli avvenimenti indicati, ne discende che nella peggiore ipotesi l'associato avrebbe, accettando l'opera nello stato in cui si trovava, sanato quanto di meno esatto si fosse in precedenza compiuto.

Senonchè anche sotto l'aspetto del danno le doglianze del Gallina non meriterebbero ascolto, giacchè bisogna por mente che non si tratta di un'opera letteraria di cui convenga affrettare l'esaurimento, dipendendo in gran parte gli scopi del lettore o di diletto o di studio da un esame generale coordinato e sintetico del lavoro, ma si tratta di un'opera scientifica e precisamente di un dizionario destinato a raccogliere sotto le varie voci in ordine alfabetico una quantità di monografie illustranti tutta la chimica nelle sue diverse branche e nelle infinite sue applicazioni alle arti, alle scienze ed alle industrie. Come si rileva dallo stesso programma siamo di fronte non ad un trattato avente una unità organica, sibbene ad un complesso di ricerche e di studi distribuiti senza alcun rigore scientifico, non strettamente concatenati tra di loro, capaci quindi di separata ed ugualmente utile consultazione. E se così è, come sostenere che per una breve sospensione nel corso dei fascicoli sia stato frustrato il Gallina nelle sue legittime previsioni intorno ai vantaggi dell'acquisto? E non è forse ragionevole supporre che protraendosi di alcun poco il completamento dell'opera, lungi dal perdere questa di importanza o di pregio, ne possa acquistare in ragione delle ultime scoperte e dei più recenti progressi dei quali sarà per tener conto?

Bene dunque si può concludere alla stregua delle considerazioni svolte fin qui che la Società Editrice Libraria non si è resa inadempiente alle condizioni contrattuali, il ritardo che le si addebita non eccedendo la sfera di azione che le fu attribuita col programma e rientrando d'altronde nel limite

di tolleranza che ordinariamente ad ogni editore in siffatti casi è consentito.

P. q. m., ecc.

—

MILANO, (Mand. II) 23 ottobre 1900 — *Pret.* Nola = Scolari c. Comune di Milano.

1. *L'azione promossa da un ex-dipendente contro il Comune, e per esso contro il Sindaco, per ottenere il rilascio d'un certificato dei servizi prestati* (benservito) *è di competenza dell'autorità giudiziaria, e non della Giunta Prov. Amm.*

2. *Tale azione non può dirsi di valore indeterminato qualora l'attore abbia determinato in una somma di danaro, di cui chiede la prestazione, il danno asserito essergli venuto dal mancato rilascio di tale certificato* (1).

3. *Nel certificato dei servizi prestati il conduttore d'opera è tenuto ad indicare il genere e la durata del lavoro e la condotta del locatore d'opera, ma non è tenuto ad esprimere giudizi del tutto soggettivi e di un contenuto esclusivamente morale* (2).

4. *L'obbligo di rilasciare detto certificato può non ritenersi limitato ai casi di cui all'art. 78 legge di P. S. 30 giugno 1889, ma esteso invece a tutti i casi di un rapporto di servizio continuativo* (3).

5. *La sentenza resa dal giudice sul diritto ad avere il detto certificato può tener luogo del certificato stesso* (4).

Il signor Giuseppe Scolari già assistente tecnico presso il Comune di Milano dal qual ufficio venne licenziato con lettera in data 30 nov. 1899 previa concessione di tre mesi di stipendio, con libello in data 28 marzo 1900 evocava innanzi a questa sede il Comune predetto, e premesso di avere inutilmente insistito per ottenere il pagamento di 67 ore notturne di lavoro straordinario, ed il certificato di benservito, chiedeva che fosse il convenuto condannato a pagargli la somma di L. 134 dovuto come sopra per il lavoro straordinario, ed a rilasciare un attestato di benservito dichiarante la sua capacità e perfetta onoratezza, ed in difetto dovere rifondere i danni morali e materiali ed in ogni modo dovere quelli pel mancato rilascio del benservito nella somma di L. 1200 od in quella minore creduta giusta dall'adito magistrato.

Comparse le parti in giudizio, in seguito alle loro scambievoli deduzioni la causa veniva spedita concludendosi dall'attore in linea principale per l'accoglimento delle domande, ed in linea gradata perchè fosse ammessa la prova orale al fine di stabilire il numero delle ore di lavoro straordinario eseguito d'ordine superiore, la consuetudine di soddisfarle a L. 2 l'ora, e le offerte di impieghi lucrosi fatte ad esso istante nel febbraio e marzo del corrente anno, non potute accettare per mancanza di un benservito del Comune attestante la di lui capacità; *ex adverso* pel convenuto in linea principale si declinava la competenza di questa sede e nel merito si concludeva pel rigetto di ogni pretesa dell'attore.

Il Comune solleva la questione giurisdizionale sotto il duplice aspetto della incompetenza assoluta dell'autorità giudiziaria per ragione di materia, e della incompetenza di questa sede per ragione di valore.

Sotto il primo profilo si deduce che il sindaco, a norma dell'art. 131 del testo un. legge com. e prov. è tenuto solamente a rilasciare atti di notorietà, fra i quali non può noverarsi il benservito, e che quando pure si volesse assimilare questo a quelli, contro il rifiuto del sindaco non compete reclamo in via giudiziaria, ma sibbene ricorso alla Giunta prov. amm. a norma dell'art. 134 del testo unico predetto.

L'eccezione però non regge perchè nel caso il controverso certificato non viene richiesto in base alla suindicata disposizione della legge com. e prov. che autorizza il sindaco a rilasciare attestati di notorietà *et similia* a chiunque dei suoi amministrati ne faccia richiesta, ma sebbene in dipendenza delle relazioni di locazione d'opera intercedute fra il Comune e lo Scolari che per molti anni ne fu impiegato.

Trattandosi pertanto di indagare e stabilire se vi sia un diritto meritevole di protezione giuridica, e se questo diritto fu leso, la competenza è prettamente giudiziaria.

A sostegno della eccezione d'incompetenza per ragione di valore, il Comune deduce che la causa devesi ritenere di valore indeterminato perchè lo Scolari ha proposto in via principale la domanda di rilascio del certificato di benservito che costituisce oggetto di valore indeterminato e quindi evadente dalla giurisdizione singolare.

A paralizzare codesto assunto vuolsi osservare che un certificato del genere non ha, obbiettivamente considerato e nel suo contenuto materiale, valore di sorta alcuna: può avere un valore sotto l'aspetto econo-

---

(1) Cfr. da ultimo Trib. Milano, 6 febbraio 1900 in *Filangieri*, 1900, 302, col richiamo.

(2-4) In tema di rilascio di benservito cons. la pregevole monografia del Porro, *L'azienda mercantile di fronte al suo personale*, in questo *Filangieri*, 1899, CV, nn. 45, 46 e A. Genova, 31 luglio 1897, *Ib.*, 1898, 66.

mico a stabilire il quale è sicura norma la determinazione che ne fa la parte interessata chiedendo i danni in conseguenza del diniego al rilascio; ora poichè l'attore ha fissato tali danni in L. 1200, la causa devesi ritenere di valore determinato e rientrante nei limiti della competenza di questa sede, non potendosi tener conto dei danni posteriori alla domanda giudiziale (articoli 72 e 80 cod. proc. civ.).

In ordine al benservito, il diritto di rilascio di questo certificato trova sua base nella legge di P. S. 30 giugno 1889, e propriamente nell'art. 78 che facoltizza gli operai ed i domestici a richiedere i principali e padroni in fine d'anno o in occasione di licenziamento che, su apposito libretto provvisto dall'autorità politica, siano dichiarati il servizio prestato, la durata del medesimo e la condotta tenuta.

Come emerge dai precedenti parlamentari, il libretto agli operai, istituzione di indole francese trapiantata in Italia sotto i precedenti regimi, ma non in Lombardia, fu stabilito dalla legge di P. S. 13 nov. 1859 per un fine di tutela e di sorveglianza sulla massa lavoratrice, e fu, per vece, mantenuto nell'attuale come un favore per dare agli operai un titolo di preferenza per essere accolti nei pubblici lavori e sussidiati in caso di necessità dalla pubblica beneficenza. A norma poi del predetto art. 78 il certificato, comunemente denominato benservito, ma che più propriamente deve dirsi certificato del servizio reso, deve contenere le indicazioni della natura e della durata del lavoro nonchè della condotta tenuta onde facilitare le ulteriori ricerche di lavoro. Esso, come insegna il Cavagnari, può essere semplice o motivato, e, nella seconda ipotesi, il padrone può dare un giudizio anche non favorevole al richiedente, purchè non determinato da animo di nuocere o da spirito di rappresaglia (Cavagnari, *Controversie del lavoro*, pag. 100). Sulla motivazione però, ritiene il giudicante che debba rimanere in facoltà del certificante di non emettere giudizi puramente subbiettivi e di un contenuto del tutto morale perchè la legge non ve lo obbliga, ed egli può avere le sue buone ragioni, giustificate dalla prudenza del buon padre di famiglia, per non pronunciarsi.

Un giudizio pertanto sulla capacità ed onoratezza può, ma non deve, trovare il suo posto in un certificato di benservito, essendo colui che lo rilascia obbligato a pronunciarsi sulla natura e durata del lavoro e sulla condotta buona o cattiva dell'operaio o domestico.

Ritenuto poi che un certificato di benservito debba essere tenuto nei limiti anzi accennati, sorge ragionevole motivo di dubitare se il principio ammesso dalla disposizione dell'art. 78 della legge di P. S. possa ritenersi applicabile a tutti i rapporti di locazione in genere, perchè di regola le disposizioni delle leggi speciali non sono applicabili oltre i casi in essi contemplati, e qui la legge sancisce il diritto a favore degli operai e domestici. A sostegno dell'estensione si invoca la consuetudine, ma non se ne offre la prova nè si chiede di darla, appunto perchè in materia non esiste un'osservanza costante, pel motivo che di solito chi chiede il benservito vuole un attestato che, come la parola stessa suona, implica lode, e che non chiede se sa di non poterlo ottenere.

Però in omaggio alla equità che deve spiegare la sua influenza nella esecuzione dei contratti (art. 1124 c. c.) e per rendere sempre più facile i rapporti fra il capitale ed il lavoro vuolsi risolvere il dubbio nel senso di ritenere l'obbligo del rilascio del benservito come una conseguenza del rapporto di locazione d'opera in genere, o meglio, secondo l'espressione del Cavagnari, come una sopravvivenza di esso (opera e pagina citate).

Ammesso poi codesto principio non si può non ritenerlo applicabile alle pubbliche amministrazioni.

Queste sogliono ordinariamente consacrare in regolamenti speciali i diritti e i doveri degli impiegati e viceversa; ma quando i regolamenti tacciono, riprende il suo impero la legge comune, della quale esse debbono essere strettamente osservanti, onde rendere possibile il sindacato della pubblica opinione su tutti i loro atti.

In applicazione di questi principî alla fattispecie è giuocoforza riconoscere che il Comune non era obbligato a rilasciare il benservito nei termini pretesi dallo Scolari. Questi in corso di lite ha voluto conoscere i motivi del suo licenziamento: e l'amministrazione li ha lealmente esposti. All'uopo basta ricordare il decreto sindacale 3 luglio 1898 che sospendeva per 15 giorni lo Scolari con minaccia di licenziamento: il provvedimento del R. commissario Maggiotti in data 27 nov. 1899 nel quale si legge « che lo Scolari ed altri impiegati non presentano i requisiti necessari a disimpegnare le mansioni inerenti all'ufficio e quindi non meritano tutta la fiducia che l'amministrazione ha diritto di riporre negli impiegati ».

Di più non è lecito allo Scolari di voler conoscere, perchè ogni ulteriore indagine è ricoverta dal segreto d'ufficio, e non potrebbe essere diretta che ai fini di un giudizio di danni per investire la giustizia del provvedimento di licenziamento, al qual riguardo l'amministrazione si è liberata da ogni responsabilità liquidando anticipatamente il

danno col pagamento consuetudinario di tre mesi di stipendio.

In omaggio pertanto alle ragioni fin qui esposte, la domanda di benservito nei termini esposti dallo Scolari nel libello, e l'altra conseguenziale di danni vanno senz'altro disattese, nè è il caso di dichiarare il Municipio tenuto al rilascio di un certificato contenente la motivazione che scaturisce dai documenti suespressi, perchè a un simile certificato che forse lo interessato non tiene ad avere, supplisce la presente sentenza, dalla quale risulta la durata decennale dell'opera da questo prestata all'ufficio tecnico del Comune di Milano, lo stipendio ed i motivi del licenziamento.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

9 novembre 1900 — *Pres.* Canonico — *Rel.* Lucchini = Belloni.

1. *Per l'art. 96 del regolamento 25 settembre 1898 per l'esecuzione della legge sugli infortuni del lavoro i Prefetti hanno la competenza esclusiva di denunziare le contravvenzioni previste negli art. 19 e 20 della legge 17 marzo 1898, e 13, 17, 23 e 35 del regolamento.*
2. *Per tutte le altre contravvenzioni si applicano le norme ordinarie di procedimento.*
3. *L'art. 6 di detta legge accenna solo ai lavori non continuativi: i lavori ordinari sono previsti nell'art. 21.*

Giusta l'art. 96 del regolamento 25 settembre 1898 per l'esecuzione della legge 17 marzo 1898 sugli infortuni del lavoro, si attribuisce esplicitamente ed esclusivamente al prefetto la facoltà di denunziare al potere competente le contravvenzioni prevedute negli art. 19 e 20 della legge e 13, 17, 23 e 35 del regolamento.

Per ogni altra contravvenzione ricorrono quindi le norme e la competenza comune; non vale in contrario addurre la disposizione del capoverso dell'art. 96 suindicato, che limiterebbe la facoltà di denunziare all'autorità di pubblica sicurezza le contravvenzioni dell'art. 25, poichè tale disposizione sembra dettata non per altro che in contrapposizione a quella della prima parte dello stesso articolo; e d'altronde sarebbe strano che, stabilendosi espressamente soltanto la facoltà per alcune contravvenzioni e non per altre, quelle di cui si fece cenno cadessero sotto le norme speciali e non sotto quelle ordinarie.

A nulla approdano nemmeno le disposizioni degli art. 90 e 91, che determinano le attribuzioni degli ispettori ordinari e straordinari, che non escludono quelle ordinarie degli ufficiali di polizia giudiziaria; mentre sarebbe strano che non si potessero accertare contravvenzioni quando non funzionino gli ispettori; la contravvenzione in esame non è del novero di quelle devolute alla competenza speciale del prefetto.

Il I mezzo aggiunto, con cui si rimprovera la sentenza per difetto di motivazione, non sussiste, poichè, stabilendosi che gli ufficiali di pubblica sicurezza avevano facoltà di denunzia, non era naturalmente escluso che altri la potessero avere, senza con ciò menomare le attribuzioni dei primi.

Non reggono nemmeno il II mezzo principale e il secondo aggiunto, che fra di loro si completano, nel senso di non potersi computare la pena che pei giorni di lavoro effettivamente prestati dagli operai, perchè l'art. 6 della legge è male all'uopo invocato, accennandosi ivi ai lavori non continuativi, che sono ben diversi dai lavori ordinari e interrotti soltanto dai giorni festivi; mentre l'art. 21 stabilisce un computo che ha per solo criterio il decorso del termine, bastando che nel frattempo il lavoro sia stato continuativo nel senso succennato.

P. q. m., rigetta.

—

8 novembre 1900 — *Pres.* e *Rel.* Canonico = Conflitto in causa Dell'Osso.

La ritrattazione del falso giuramento fatta nel corso del relativo procedimento penale e dopo la definizione della causa civile, non dà luogo alla diminuente di cui nel capoverso dell'art. 221 c. p. (1).

Il procuratore generale letti gli atti a carico di Dell'Osso Giuseppe fu Bernardino, di anni 68, contadino di Bernalda, imputato di falso giuramento in causa civile; all'udienza del 23 sett. 1899, il conciliatore di Bernalda deferì il giuramento decisorio al Dell'Osso, sul se avesse egli già precedentemente riscosse le lire 51 che chiedeva in giudizio ai convenuti Anna Musillo e Pasquale Morelli, ed il detto Dell'Osso, udienza stante, giurò di non aver mai nulla ricevuto e di essere tuttavia creditore della intera somma. Se non che la Musillo gridò subito allo spergiuro, e presentò una ricevuta in carta libera comprovante l'estinzione dell'obbligazione. Il conciliatore però stimando quel documento come un semplice biglietto di nessun valore, non ne tenne conto veruno, e rinviò, nella speranza di un componimento, la decisione della causa al 12 ott. e poscia al 26.

Non essendosi intanto le parti poste d'accordo, il conciliatore respinse l' incidente di falso proposto dalla Musillo, e la condannò a pagare la somma domandata e le spese.

Fu allora che essa sporse querela di falso giuramento contro il Dell'Osso, il quale interrogato dal giudice, dichiarò che infatti il credito era stato estinto fin dall'85, ma che non ricordando ciò aveva spedita la citazione e prestato il giuramento.

L' istruttore, trovando in tale dichiarazione una formale ritrattazione, sulle uniforme requisitorie del P. M., rinviò l' imputato al pretore di Pisticci, per rispondere del reato previsto dal capoverso dell'articolo 221.

Ma quel magistrato sul riflesso che la ritrattazione aveva avuto luogo dopo la definizione della controversia dichiarò la propria incompetenza e sollevò il conflitto.

La sentenza del pretore è conforme ai risultamenti processuali ed alle disposizioni del codice penale sulla materia del falso giuramento civile: la ritrattazione, come di sopra si è detto, avvenne dopo che il conciliatore aveva già pronunziata la sua sentenza, e quindi dopo che il danno si era verificato. Nè risulta dagli atti che il giudizio civile abbia avuto seguito. La legge poi stabilisce, nel capoverso dell'art. 221, una pena più mite nel caso di ritrattazione perchè verificandosi essa prima della definizione del giudizio, sono scongiurati i pericoli e il danno che dal falso giuramento possono derivare, non poteva quindi l' istruttore, poichè la ritrattazione era avvenuta più tardi, applicare il capoverso dell'articolo 221, ma la prima parte della disposizione stessa, che commina le pene della reclusione da 6 a 30 mesi e quella della multa da L. 300 a 3000 colla interdizione temporanea dai pubblici uffici.

Epperò si versa in tema di delitto di competenza del tribunale penale.

P. q. m., letti gli art. 221 c. p., 345 e 10 c. p. p.,

Chiede che la Corte di cassazione, risolvendo il conflitto, annulli l'ordinanza del giudice istruttore di Matera, del 4 marzo 1900, dichiari la competenza del tribunale, ed ordini che si rinviino gli atti al procuratore del Re presso il tribunale di Matera per l'ulteriore corso del giudizio.

De Blasio, S. P. G.

La C. S. decise in conformità.

—

5 novembre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Adami = Di Muzio.

1. *Il consigliere comunale, che consegue all'asta pubblica l'affitto di beni del Comune, commette il delitto di cui all'art. 176 c. p. se anche non abbia concorso alla deliberazione di Giunta che indisse l'asta e fissò le condizioni dell'affitto.*

2. *In tale reato il dolo è implicito nel fatto stesso.*

3. *La prescrizione della relativa azione penale non decorre finchè dura l'affitto* (1).

Di Muzio, consigliere comunale di Ortucchio, concorse, per interposte persone e nell'interesse dei suoi figli, alle subastazioni che ivi si tenevano negli anni 1881 e 1891 per l'affitto di terre comunali e se ne rese aggiudicatario tanto nel primo che nel secondo novennio, tuttavia in corso. Per questo fatto il Di Muzio fu rinviato al giudizio del tribunale di Avezzano, per rispondere del delitto di violazione dei doveri di ufficio, previsto dall'art. 176 c. p. Il tribunale, con sentenza 9 luglio 1900, lo condannò

---

(1) Cfr. PERRONE-FERRANTI. *Falsità in giudizio*, in *Encicl. giur.*, p. 210 dove la questione è trattata con largo corredo di dottrina e di giurisprudenza.

(1) Sulla nozione di *reato permanente*, v. da ultimo il CIVOLI, *Man. di dir. pen.* (Milano, 190[illegible]), n. 175, p. 562.

a due mesi di reclusione e L. 100 di multa, dichiarando però le stesse pene condonate per effetto del regio decreto di amnistia 24 ott. 1896. Appellavasi il Di Muzio alla Corte d'Aquila, la quale, con altra decisione 10 settembre decorso, confermò il giudicato.

Contro quest'ultima sentenza ricorre ora il Di Muzio, denunziandola nei seguenti mezzi:

1.° Violazione degli art. 176 c. p., e 323 n. 3 c. p. p. e falsa applicazione dello stesso art. 176, perchè, essendo stato il ricorrente estraneo alla deliberazione della Giunta con cui fu bandita l'asta e vennero fissate le condizioni dell'affitto, nessun conflitto ha potuto scorgere fra l'interesse suo e quello dell'Amministrazione comunale;

2.° Violazione degli stessi art. 176 c. p., e 323 n. 3 c. p. p., in relazione all'art. 45 c. p., per non essersi spesa neppur una parola sul concorso del dolo nel fatto;

3.° Violazione dell'art. 176 c. p. e falsa applicazione di esso, per essersi considerato come *atto permanente* l'affitto di terreni aggiudicati all'asta, e perdurante tutto il tempo della locazione, violando così anche la disposizione dell'art. 92 c. p., per essersi esclusa la prescrizione, per affitti stipulati in tempo di molto anteriore ai cinque anni utili per la prescrizione dal giorno della iniziata azione penale.

Il divieto dell'articolo 176 del codice penale nei termini latissimi in cui è dettato, riguarda tanto la Giunta che amministra, quanto i membri del Consiglio comunale, a cui la legge affida la sorveglianza sugli amministratori, l'approvazione o riprovazione del loro operato. Quindi, il conflitto d'interesse rimane sempre, ancorchè il Di Muzio non abbia concorso alla deliberazione che preparò la subasta, nè ad alcuno degli atti che la consumarono, per la ragione appunto che egli si pose nella impossibilità di controllare l'opera di coloro che nella qualità di amministratori l'avevano preparata e conchiusa.

Ritenuta la prova del fatto addebitato al Di Muzio, la sentenza non aveva bisogno di occuparsi in modo particolare dell'elemento intenzionale, essendochè, nel fatto del consigliere che assuma, *per interposta persona*, la locazione, è implicito il concetto che egli sa di far cosa vietata dalla legge; il che basta ad escludere la pretesa buona fede.

Il vincolo giuridico nascente dal contratto produce effetti permanenti, che si estendono per tutta la durata della locazione; onde la Corte di merito, ritenendo che non possa parlarsi di prescrizione, prima che gli effetti medesimi siano cessati, non violò, ma applicò rettamente, la disposizione dell'art. 92 succitato.

P. q. m., rigetta.

—

27 ottobre 1900 — *Pres.* e *Rel.* De Cesare = *ric.* P. M. nell'interesse della legge.

È illegale la dichiarazione di contumacia di uno straniero appellante che nelle more del giudizio d'appello sia stato espulso dal Regno.

Il Procuratore generale del Re,

Visti gli atti a carico di Högel Federico, e ritenuto in fatto:

Federico Högel, rinviato a giudizio dinanzi al pretore di Settimo Vittone per rispondere di furto semplice in danno di Fercando Antonio, fu dal pretore giudicato nell'udienza 28 dic. 1898 e condannato alla pena di giorni 20.

Avverso la sentenza di condanna, l'Högel produsse appello motivato nei termini di legge; ma, nelle more del giudizio d'appello, egli fu scarcerato per espiazione della pena, e in seguito a ciò, con decreto della prefettura di Torino, venne espulso dal regno e consegnato alla polizia elvetica nel 23 gennaio 1899.

L'appello fu portato a discussione posteriormente all'avvenuta espulsione, nell'udienza del 16 febbraio; e posteriori all'espulsione furono gli atti di citazione a comparire dinanzi al tribunale penale di Ivrea, in data 31 genn. e 3 febb., notificati mediante consegna al sindaco del Comune di Settimo Vittone, e mediante affissione alla porta del tribunale.

Nell'udienza del 16 febb. l'Högel naturalmente non comparve, e il tribunale, ritenuto che il medesimo era stato citato a termini di legge e che la sua assenza non era legittimata, dichiarò la sua contumacia, e, provvedendo nel merito, rigettò l'appello, con sentenza di pari data, la quale ha fatto passaggio in giudicato.

Ciò premesso:

Evidentemente il giudizio in grado d'appello è affetto di nullità, per l'illegale dichiarazione di contumacia. Risultava al tribunale, per la nota che è in atti della questura di Torino, che l'Högel fin dal 23 gennaio era stato espulso dal regno e consegnato ai confini alla polizia elvetica, onde è che, data la sua impossibilità di rientrare nel regno e di presentarsi in giudizio, fino a che l'ordine di espulsione non fosse stato revocato, non era lecito affermare che la sua assenza in udienza non fosse giustificata. Nè, ugualmente, poteva a buon diritto affermarsi che egli fosse stato citato a termini di legge, imperocchè le forme di citazione,

prescritte nell'art. 189 ultimo capoverso e nell'art. 191 c. p. p., trovano la loro ragione di essere nella presunzione legale che, a mezzo di esse, l'imputato possa avere notizia della citazione spedita a suo carico, e che sia in condizione perciò di presentarsi in giudizio; mentre, nella specie, dato pure che la notizia della citazione fosse potuta giungere all'Högel, mancava sempre la condizione essenziale che egli potesse uniformarsi all'ordine del magistrato, stante che il decreto di espulsione gl'impediva di rientrare nel regno e di presentarsi dinanzi al tribunale. Questa giusta e necessaria interpretazione delle relative disposizioni di legge è stata difatti in tal senso affermata da questa Corte di cassazione con la sentenza del 5 aprile 1899 in causa Luraghi ed altri.

Ciò posto, appariscono violati i succitati due articoli insieme agli art. 335 prima parte, 364 ultimo capoverso, 272 e 279 c. p. p.

Visto l'art. 684 detto codice, denuncia alla Corte di cassazione la sentenza del tribunale d'Ivrea, in data 16 febb. 1899, in causa Högel Federico, e ne chiede nell'interesse della legge l'annullamento.

Tofano S. P. G.

La C. S. decise in conformità.

—

1.° giugno 1900 — *Pres.* Caselli — *Rel.* Basile = Laudi.

Non contravviene all'art. 27 della legge notarile 6 aprile 1879 il notaio che si allontana anche abitualmente in dati giorni dalla propria sede per esercitare altrove nella giurisdizione del Consiglio al quale è ascritto le proprie funzioni, se da ciò non derivi danno ai cittadini della sua sede (1).

Nel procedimento disciplinare istituito dal Regio procuratore del Re d'Ascoli Piceno, quel tribunale, con sentenza 13 luglio 1899, dichiarò responsabile Laudi Ugo, notaio dei Comuni di Colli del Tronto e Spinetoli, della contravvenzione di cui all'art. 27 della legge notarile 6 aprile 1879, e lo condannò alla multa di lire 51; pel gravame però del condannato la Corte di Macerata, con sentenza 16 sett. 1899, dichiarò non farsi luogo a procedere per inesistenza della addebitatagli contravvenzione.

Considerò quella Corte essere incontroverso trasferirsi il Laudi pressochè consuetudinariamente nei giorni di mercato del mercoledì e sabato in Ascoli Piceno, per rogare atti del suo ministero sollevando i reclami di alcuni suoi colleghi di questa città che lamentavano la di lui concorrenza.

Tuttavia essere per giurisprudenza riconosciuto doversi l'obbligo della residenza del notaio conciliare colle esigenze del servizio, col diritto della libertà individuale e con l'esercizio d'altri pubblici uffici, compatibili col notariato, poichè la legge, nello esigere una dimora non fittizia del notaio nel Comune assegnatogli, non può volerlo relegare in questo Comune quasi a domicilio coatto coll' interdirgli l' esercizio di quelle facoltà che espressamente pure gli concede. Infatti egli può rogare atti del suo ministero in tutto il territorio del Consiglio notarile, in determinate contingenze può assumere l'ufficio di segretario municipale in Comune diverso da quello della sua residenza; può essere nominato sub-economo dei benefici vacanti, può rappresentare le parti nei giudizi pretoriali; e dovendo, per l'esercizio di coteste funzioni, assentarsi dalla sua residenza, le conseguenti assenze debbono ritenersi legittime.

Sebbene in tesi generale coteste assenze, per quanto legittime, non possono sempre ritenersi giustificate, debbono però considerarsi immuni da responsabilità ove non resti turbata nè compromessa la regolarità del servizio cui debbe il notaio principalmente attendere e non trascuri di prestare la sua opera a chi, nella sua sede, la richiede.

Avuto riguardo alla poca importanza della sede assegnatagli, non potrebbe il notaio Laudi, coi proventi dell'ufficio notarile, sopperire ai propri bisogni; nè il poco lavoro potrebbe assorbire tutta l'operosità ordinaria di un pubblico funzionario e, d'altro canto, è escluso che reclami o lagnanze siano state mai elevate contro di lui per trascuratezza o negligenza nell'adempimento dei suoi doveri; ed è provato che nel Comune di sua residenza egli tiene dimora e studio aperto con deposito di atti, rogiti e repertori.

Lo stesso Procuratore Generale ricorrente, per altra simile contravvenzione contro lo stesso Laudi precedentemente constatata e dalla quale era stato pure prosciolto, non aveva insistito sull'appello prodotto dal R. Procuratore.

Contro la suddetta sentenza ha fatto ricorso il Procuratore Generale di Ancona per violazione del succitato art. 27 della legge notarile, per essersi contradetta nell' ammettere in fatto che il Laudi si trasferiva consuetudinariamente due giorni la settimana in Ascoli Piceno per rogare atti, e non riscontrando poi in ciò gli estremi della contravvenzione, perchè nel concetto della

(1) Cfr. Cass. Torino, 13 settembre 1888 in *Filangieri*, 1889, 2, 13.

legge il notaio deve esercitare il suo ufficio nella sede assegnatagli, la quale poi, col graduale passaggio ad altra più importante, può riuscirgli di maggiore vantaggio; ma non può ledere i diritti quesiti degli altri suoi colleghi, togliendo loro quei maggiori guadagni che essi hanno acquistato diritto di conseguire col lungo tirocinio.

Infondato è il ricorso del Procuratore Generale, dappoichè giustamente ha notato la sentenza denunziata che, autorizzando la legge notarile il notaio ad esercitare il suo ufficio in tutto l'ambito del Consiglio notarile, cui è ascritto, e ad esercitare certe pubbliche funzioni al di là della sede assegnatagli, non avrebbe potuto di poi, senza manifesta contraddizione, impedirgli di allontanarsi dalla sua sede per esplicare queste funzioni: l'indagine essenziale che doveva fare la Corte d'appello era quella di vedere se, dall'esercizio di queste altre funzioni al di fuori della sua sede, potesse derivare danno ai cittadini della medesima, nel cui esclusivo interesse fu stabilita la disposizione proibitiva dell'art. 27: e questa indagine ebbe cura di fare la sentenza denunziata, riconoscendo che nessun reclamo o lagnanza siano state mai fatte per trascuranza o negligenza contro il notaio Laudi nell'adempimento dei suoi doveri, dai cittadini della sua residenza; e contro questo giudizio tutto di fatto è vano ricorrere in Cassazione.

P. q. m. la Corte rigetta.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

L'ENTE AUTONOMO A SCOPO DI CULTO

E

LA LEGGE DI LIQUIDAZIONE DELL'ASSE ECCLESIASTICO

Questo lavoro è essenzialmente un saggio d'interpretazione dell'art. 1, n. 6 della legge di liquidazione dell'Asse Ecclesiastico, 15 agosto 1867, n. 3848, e della sua opportunità fa sufficiente testimonianza la permanente frequenza dei dibattiti nella oggetta materia.

1.

TESTO DI LEGGE.

Legge 15 agosto 1867, n. 3848 di soppressione di Enti Ecclesiastici-secolari in tutto il Regno e di liquidazione dell'Asse Ecclesiastico.

Art. 1.° — Non sono più riconosciuti come enti morali:

1.° . . . .

6.° Le istituzioni con carattere di perpetuità, che sotto qualsivoglia denominazione o titolo sono generalmente qualificate come fondazioni o legati pii per oggetto di culto . . . . . .

2.

GENESI DELLA LEGGE.

La legge ha voluto togliere la capacità di diritto alle fondazioni aventi per oggetto il culto. Per fondazione a scopo di culto si intende un patrimonio destinato in perpetuo al culto.

Nel diritto romano classico manca affatto il concetto di patrimonio destinato a uno scopo come subbietto di diritti.

Erano soltanto ammesse siccome aventi la capacità di diritto le corporazioni o comunità risultanti dalla riunione di più persone fisiche insieme associate per raggiungere uno scopo di comune utilità, ed erano riconosciute anche quelle a scopo religioso, come appare dal fr. 1 § *1* D. *de collegiis et corporibus* (47. 22) ove si legge: *sed religionis causa coire non prohi-*

bentur: dum tamen per hoc non fiat contra Senatusconsultum, quo illicita collegia arcentur.

Nel diritto giustinianeo comincia a delinearsi la figura giuridica della fondazione. E sorgono le fondazioni a scopo di carità, o di culto, le così dette *piae causae*. Alle medesime però è riconosciuta la capacità di diritto in quanto siano annesse ad un soggetto di diritti già riconosciuto, come un *collegium*, d'onde quella disposizione di che nella L. 26 C. *de sacrosantis Ecclesiis*, I, II, e nella Novella 131 cap. IX secondo cui quando è nominato erede Nostro Signore Gesù Cristo senza indicazione alcuna e nel caso di un legato a Dio, l'eredità e il legato si intendono devoluti alla Chiesa ove il testatore aveva l'ultimo suo domicilio.

Ed è perciò che secondo il diritto giustinianeo la fondazione a scopo di culto si riduce in sostanza ad una disposizione modale, ad un legato *cum onere;* poichè il patrimonio spetta alla persona fisica o giuridica già esistente alla quale la fondazione si considera annessa; essa non ha quel carattere di ente autonomo che le fu poscia attribuito nell'ulteriore svolgimento del diritto.

Certamente a quest'ultimo risultato non si arrivò nell'età barbarica nella quale si era ben lungi dal concepire un ente autonomo indipendentemente dalle persone che ne rappresentavano gli interessi e ne esercitavano i diritti; pur tuttavia qualche passo si fece per virtù del diritto canonico, il quale, se non giunse a considerare le istituzioni a scopo di culto astrattamente come persone, nondimeno col personificarle in un santo che ne era il patrono, nel titolare di una Chiesa, incominciò a rendere l'istituzione più indipendente, e ciò servì di aiuto per giungere poi alla perfezione del concetto di attribuire la personalità giuridica al patrimonio destinato a scopo di culto, in sè e per sè, e non come aggregato ad un'altra persona giuridica già esistente.

Alla quale perfezione di concetto solo si pervenne quando si rinnovò lo studio del diritto romano e a questo fu dato uno svolgimento rispondente ai nuovi postulati della scienza del diritto.

Si ebbe così la fondazione di culto vera e propria; vale a dire un patrimonio destinato a scopo di culto, al quale fu riconosciuta la capacità di diritto; la Chiesa, ossia il vescovo, o il parroco, o qualsiasi altro incaricato di dare adempimento al fine di culto, non è che l'esecutore della volontà del disponente, l'amministratore del patrimonio, ma la personalità giuridica risiede nel patrimonio stesso, il quale in sè e di per sè è un subbietto di diritti.

E queste fondazioni furono dalla legge permesse fino al vigente codice civile, il quale, ritenendo contrario alle nuove esigenze della vita sociale che una determinata sostanza dovesse rimanere in perpetuo vincolata a scopo di culto (art. 833), dichiarò nulle le disposizioni ordinate al fine di istituire fondazioni di culto.

Naturalmente il nuovo codice civile non poteva disporre che per l'avvenire.

A liquidare il passato venne in buon punto la legge 15 agosto 1867 n. 3848 detta appunto di liquidazione dell'Asse Ecclesiastico, la quale tolse la capacità di diritto alle fondazioni a scopo di culto e ne devolvette i beni al Demanio dello Stato.

3.

Interpretazione del disposto di legge.

La legge 15 agosto 1867 (art. 1 n. 6) ha soppresso le fondazioni di culto; e poichè per fondazione di culto si intende un patrimonio destinato a scopo di culto al quale le leggi anteriori al codice civile accordavano la capacità di diritto, bisogna ammettere che la falce della soppressione abbia colpito ogni patrimonio destinato in perpetuo al culto.

A siffatto patrimonio la legge ha tolto la capacità di diritto, e ha devoluto i beni che lo compongono al Demanio dello Stato a senso dell'art. 2 della legge suddetta il quale recita:

« Tutti i beni di qualunque specie, appartenenti agli anzidetti enti morali soppressi, sono devoluti al Demanio dello Stato sotto le eccezioni e riserve infra espresse.

« Quanto ai beni stabili, il Governo, salvo il disposto dell'art. 18, inscriverà a favore del fondo pel culto, con effetto dal giorno della presa di possesso, una rendita del 5 per cento, uguale alla rendita dei medesimi, accertata e sottoposta alla tassa di manomorta, fatta deduzione del 5 per cento per spese di amministrazione.

« Quanto ai canoni, censi, livelli, decime ed altre annue prestazioni, provenienti dal patrimonio delle corporazioni religiose e degli altri enti morali soppressi dalla legge del 7 luglio 1866 e dalla presente, il Demanio li assegnerà al fondo del culto, ritenendone l'amministrazione per conto del medesimo: rimane per conseguenza abrogato l'obbligo della inscrizione della relativa rendita, imposto dall'art. 11 della legge 7 luglio 1866 ».

Adunque, ogni qualvolta dall'atto di fondazione risulti che vi ha patrimonio destinato in perpetuo a scopo di culto, ivi si applica la legge di soppressione.

In mancanza dell'atto di fondazione, si avrà riguardo allo stato di fatto e si applicherà la legge di soppressione sempre quando siavi l'esistenza di fatto di una fondazione a scopo di culto.

Un patrimonio destinato in perpetuo al culto rappresenta e costituisce una fondazione di culto, che è quanto dire un ente autonomo a scopo di culto.

I due termini si equivalgono; essi rappresentano entrambi una persona giuridica, quella *fictio juris* per la quale fu già attribuita, e indi tolta dalla legge in esame la capacità giuridica ad un patrimonio destinato al culto.

Onde la giurisprudenza dell'ultimo ventennio della Corte di cassazione di Roma, unica suprema regolatrice in materia di

Asse Ecclesiastico per virtù della legge 12 dicembre 1875 (art. 3 n. 5 lett. *b*), potè con esatto e concorde criterio ritenere che havvi ente colpito da soppressione tuttavolta che concorrano i seguenti elementi:

1.° la perpetuità;

2.° lo scopo di culto;

3.° la dotazione costituita a tale scopo, la quale è il coefficiente indispensabile dell'autonomia.

In ordine al primo elemento non occorre spendere parola; dappoichè l'atto di fondazione ci dirà in ogni caso se esso concorra o meno. Così la celebrazione di messe per una volta tanto o per un tempo determinato sfugge al disposto della legge.

Anche per quanto ha tratto allo scopo di culto, di esso può far fede sufficiente l'atto di fondazione. Le parole: scopo di culto devono essere intese nel loro significato più largo per modo da comprendere ogni atto di culto.

Si è talvolta cercato di eludere la legge sostenendo che la celebrazione di messe in suffragio dell'anima del testatore non è atto sostanzialmente di culto, bensì di beneficenza spirituale.

Ma, nulla di più assurdo. Già si sa, e basta avere avuto frequente occasione di esaminare atti che istituiscono fondazioni a scopo di culto, per convincersene, che le messe disposte da un testatore sono quasi sempre in suffragio della sua anima, ciò che non toglie che la celebrazione di dette messe sia atto di culto, anzi l'atto di culto per eccellenza; ben sapendosi che la messa non può essere fine a sè stessa, ma un atto che si celebra a beneficio dell'anima di persone vive o defunte. E la Cassazione romana nella sentenza 22 dicembre 1898 in causa Finanze contro Fruginale riportata nella *Rivista di diritto ecclesiastico* (vol. IX, pag. 48) ha appunto riconosciuto che la celebrazione della messa è la più solenne manifestazione del culto divino anche se il testatore l'abbia disposta perchè ne abbia suffragio l'anima sua o di altri.

Così pure non si può negare che sia a scopo di culto la disposizione con la quale il testatore fissò una determinata somma annua per la celebrazione di un anniversario a pro dell'anima sua; imperocchè lo scopo essenziale di siffatta disposizione è la celebrazione di messe, scopo cui nulla toglie la modalità della celebrazione nel dì anniversario della morte del disponente.

Onde a ragione la Corte d'appello di Palermo con sentenza 11 settembre 1897 nella causa Finanze contro Benso, riportata nella *Rivista di diritto ecclesiastico* (vol. VII, p. 713), ha deciso *in terminis* che una disposizione come quella suddetta è colpita dalla legge di soppressione.

Il terzo elemento, avente tratto all'autonomia dell' ente, è quello che ha dato luogo al maggior numero di controversie, e gli annali della giurisprudenza dell'ultimo ventennio contengono moltissime sentenze in proposito emanate dalla Cassazione romana e dalle Corti di merito.

L'incertezza che domina talvolta nei responsi della Corte Su-

prema di Roma, causa non ultima del moltiplicarsi dei dibattiti, dipende da che fu perduto di vista il concetto fondamentale della legge, che è quello di aver tolto la capacità di diritto alle fondazioni di culto; non fu sempre bene inteso il significato della fondazione di culto, che altro non è che un patrimonio destinato in perpetuo al culto, cui la legge tolse la capacità di diritto per far cessare la manomorta a scopo di culto che più non ritenne rispondente alle nuove esigenze della vita sociale.

Così la Cassazione romana colla sentenza 10 giugno 1898 nella *Rivista di diritto ecclesiastico* (vol. VIII, pag. 514) riteneva che ad aversi l'ente autonomo occorre, oltre una dote per l'adempimento del legato pio di culto, eziandio un diritto ed azione in una persona fisica o morale a poter costringere l'erede o legatario alla esecuzione dell'obbligo di culto imposto dal fondatore; mentre per quanto riguarda gli obblighi di culto inerenti ad una fondazione vi è sempre, in ultima analisi, il vescovo cui spetta di farne curare l'adempimento, secondo le norme canoniche che si riattaccano al diritto giustinianeo (cost. 46, Cod. c. 1, 3) e Novella 131, cap. II), come era già stato riconosciuto dalla stessa Corte Suprema nella sentenza 13 maggio 1890 in causa Fondo culto e Ospedali di Palermo (*La Legge*, 1890, II, 379).

Non sembra perciò neanco accoglibile la distinzione fra onere obbligatorio ed onere rimesso alla coscienza dell'erede o del legatario; imperocchè se si tratta di una disposizione colla quale, ad esempio, taluno è nominato erede coll'onere di far celebrare delle messe senza destinare a tale celebrazione una sostanza qualsiasi, in questo caso manca l'ente autonomo per difetto di una dotazione allo scopo di culto; mentre, quando la dotazione c'è, questa appartiene allo scopo di culto, e in tale ipotesi non si può mai parlare di semplice onere di coscienza, perchè vi è sempre, o la Chiesa in cui le messe devono celebrarsi, o la Chiesa in genere a mezzo del vescovo, cui spetta di provvedere che sia adempiuto all'obbligo di culto imposto dal fondatore.

In sostanza, l'onere è di mera coscienza quando il disponente non ha lasciata una determinata sostanza all'adempimento dell'onere stesso; onde è più logico e coerente ad un sistema giuridico il ripudiare la distinzione sovradetta e riconoscere la caratteristica della fondazione di culto nella esistenza di un patrimonio destinato al culto.

In tal modo l'essenza della fondazione di culto non si fa dipendere da un elemento variabile a seconda dell'ambulatoria volontà di chi ha l'obbligo dell'adempimento, ma dall'esistenza di un patrimonio allo scopo di culto che meglio risponde al concetto giuridico di fondazione.

Il legislatore ha voluto abolire la manomorta a scopo di culto, e la manomorta sussiste indipendentemente dall'adempimento più o meno regolare e continuo degli obblighi ad essa inerenti; d'onde la necessità per l'applicazione della legge di soppressione di aver di mira non tanto l'adempimento costante dell'obbligo di culto, quanto l'esistenza della manomorta, cioè la destinazione di una determinata sostanza a scopo di culto.

Patrimonio espressamente destinato al culto: ecco la caratteristica dell'ente autonomo colpito dalla legge di liquidazione dell'Asse Ecclesiastico.

Di qui una distinzione assai rimarchevole fra ente autonomo e disposizione modale o legato *cum onere*.

Nel primo la sostanza lasciata a titolo di eredità o di legato appartiene allo scopo di culto; nel legato *cum onere* la sostanza ereditaria spetta al legatario il quale ha soltanto l'obbligo di adempiere all'onere di culto.

Come ben disse la Cassazione romana, non bisogna confondere il *modus* proprio e vero, cioè l'obbligo imposto all'erede di far celebrare messe e di erogare annualmente una data somma in tale opera di culto col legato di una quantità colla specifica destinazione allo scopo di celebrazione di messe.

Nel secondo caso soltanto havvi l'ente autonomo, mentre nel primo si ha una semplice disposizione modale; e ciò di conformità al concetto giuridico di fondazione: per il che se Tizio ad esempio avrà istituito erede Caio coll'obbligo giuridicamente efficace di spendere lire mille a scopo di culto, qui avremo una eredità *cum onere*, non un ente autonomo; poichè manca una dotazione propria dello scopo di culto, e si ha solo un peso dell'eredità la quale è tutta di pertinenza dell'erede che fa suoi i frutti che vanno a confondersi con quelli delle sostanze proprie dell'erede. Le mille lire che è tenuto a pagare non rappresentano il frutto della dotazione di un ente di culto, bensì il frutto di un bene suo proprio.

Epperciò erroneamente la Cassazione romana colla sentenza a sezioni unite 2, gennaio 1900 (*Corte Suprema*, 1900, 1, 36) ritenne che la dotazione di un ente autonomo può consistere in un onere civilmente obbligatorio creato col testamento a carico degli eredi; dappoichè onere di un'eredità e dotazione di ente autonomo sono due termini in contraddizione fra di loro.

Del resto l'errore appare evidente sol che si consideri che se io nomino mio erede Tizio coll'obbligo di spendere lire mille ogni anno in perpetuo per la celebrazione di messe in suffragio della mia anima, a nessuno può venire in mente che la mia disposizione sia fra quelle vietate dall'articolo 833 cod. civ.; *a fortiori* una disposizione simile non può ritenersi colpita dalla legge di soppressione 15 agosto 1867.

E la disposizione non cambia natura solo perchè, a garanzia dell'adempimento dell'onere imposto all'erede, il testatore abbia acconsentita ipoteca sui fondi ereditari; perchè l'ipoteca non sta a rappresentare che una garanzia dell'adempimento dell'onere al quale l'erede soddisfa col reddito di beni proprii e non di beni espressamente destinati al culto.

Invece disse bene la Corte di cassazione di Roma colla sentenza 7 marzo 1891 (anno XXXI, vol. II, pag. 760) che allorquando vi ha una disposizione testamentaria in forza della quale taluno è nominato erede o legatario coll'obbligo di erogare tutta la rendita della sostanza ereditaria a scopo di culto, l'erede o

il legatario non è che il *nudus minister* della volontà del disponente, e i beni non a lui si considerano appartenere, ma allo scopo di culto il quale acquista entità autonoma; si ha in sostanza l'ente autonomo a scopo di culto colpito da soppressione.

Nè la cosa muta di aspetto solo perchè il legatario sia incaricato della celebrazione dell'atto di culto e venga perciò a percepire tutta la rendita del legato; imperocchè in tal caso il legatario esige l'emolumento in quanto presta l'opera sua per il corrispettivo fissato secondo gli intendimenti del testatore, ma non per la sua qualità di legatario.

In forza del legato egli nulla riceve, perchè tutto il reddito oggetto del legato deve servire allo scopo di culto voluto dal testatore, d'onde l'ente autonomo; e il corrispettivo che a lui spetta per l'atto di culto che è chiamato a celebrare nulla toglie all'autonomia dell'ente. Così decise giustamente la Cassazione romana, colla sentenza 17 marzo 1879 in causa Finanze c. Clero di Prato, nel *Boll. di Giurispr. Amm. e Finanz.* del Madon (vol. VI, pag. 226).

È però a deplorare che la detta Cassazione nella sentenza 10 giugno 1898 (*Rivista di diritto ecclesiastico*, vol. VIII, pag. 514) abbia, senza che ve ne fosse necessità per la decisione della causa, come *per incidens*, detto che vi ha l'ente autonomo *solo quando l'erede o legatario non possa trarre dall'eredità o dal legato alcun vantaggio materiale o morale.*

E ciò è a deplorare per più ragioni. Anzitutto è ben difficile che il legatario, che è quasi sempre un parente del testatore, non abbia un interesse morale all'adempimento del legato di culto; per cui sarebbe troppo facile con tale pretesto eludere la legge. E abbia pure il legatario un interesse materiale, ma quando questo interesse non è così forte da superare quello dello scopo di culto, non si può escludere l'esistenza di una fondazione di culto, di un patrimonio a scopo di culto capace di diritti e di obblighi, di quella manomorta che la legge ha voluto sopprimere e che si vorrebbe invece mantenere in vita solo perchè vi è chi ha qualche interesse a che sia conservata.

E bastò quel semplice cenno della Cassazione romana perchè talune Corti di appello subito facessero applicazione del principio estendendolo sino alle ultime sue conseguenze, negando l'autonomia dell'ente solo perchè il legatario ricavava un vantaggio indiretto dalla celebrazione dell'atto di culto e venendo così persino a dire che una fabbriceria non è *nudus minister* in un legato di messe quantunque debba erogare tutta la rendita nelle elemosine ai celebranti, perchè rimane sempre alla fabbriceria un indiretto emolumento nelle elemosine dei fedeli durante le celebrazioni.

E si invocò l'insegnamento del Mantica: « nudus minister nullum commodum sentire debet, et executor aut est habiturus aliquod commodum et intelligitur legatarius: aut nullum commodum est habiturus et tunc nudus minister videtur » senza pensare che il vantaggio deve essere inerente al legato, e non alla celebrazione dell'atto di culto disposto dal testatore.

Così la Chiesa nella quale il testatore ha disposto la celebrazione di messe riceve indubbiameute un vantaggio in quanto maggior lustro e decoro ricava da un maggior numero di messe che ivi debbono essere celebrate; ma con ciò il legato non cessa di essere destinato al culto e di avere una vera e propria autonomia, e quindi non può aversi motivo sufficiente per considerare siccome non soppresso l'ente.

Certo ove si tratti di una Chiesa tanto povera che l'adempimento del legato di messe sia quasi per essa condizione di esistenza, in allora il legato va conservato; ma ciò ha luogo perchè si presume che intenzione del testatore sia stata quella di beneficare la Chiesa, e poi anche perchè siffatta interpretazione è fondata su motivi di equità naturale dai quali non è mai a prescindere nell'interpretazione della legge.

Ma tuttavolta che non vi è nel legatario un interesse tale che nella mente del testatore si possa considerare come prevalente all'interesse dell'anima per cui l'atto di culto è stato disposto, vi ha sempre una fondazione colpita dalla legge di soppressione, poichè vi ha l'esistenza di quella manomorta a scopo di culto che la legge per motivi di pubblico interesse ha voluto abolire.

E la legge di soppressione è applicabile qualunque sia la natura della dotazione dell'ente, comprenda questa immobili, mobili o anche una semplice ragione di credito.

Se il testatore destina direttamente a scopo di culto una somma annua, la dotazione dell'ente si risolve in una ragione di credito verso l'erede, nè perciò può dirsi esente da soppressione, dappoichè anche una semplice ragione di credito è un bene patrimoniale.

Neppure potrebbe essere motivo di insopprimibilità il fatto che il credito non sia garantito da ipoteca sopra gli stabili ereditari; poichè il credito non cessa con ciò di essere un bene patrimoniale del quale l'ipoteca non è che una garanzia.

Erroneamente pertanto fu dalla Cassazione romana ritenuta la insopprimibilità di un legato di culto la cui dotazione sia costituita da una ragione di credito non garantita da ipoteca, pel motivo che potrebbe accadere che l'erede alieni tutta la sostanza ereditaria e non vi sia più cosa con cui adempiere all'obbligo di culto.

La Cassazione ha evidentemente confuso il concetto d'inesistenza dell'ente con quello di ente che non possa adempiere per mancanza di redditi alla sua missione.

Se viene a mancare all'ente il mezzo di soddisfare al culto, avremo un ente decotto; ma non si può dire che l'ente più non sussiste, dal momento che permane la ragione di credito la quale può per il momento rimanere insoluta per l'insolvenza dell'erede e riacquistare poi tutta la sua attività economica per una sopravvenuta mutazione nelle condizioni finanziarie del debitore dell'annualità.

Onde in qualunque momento è applicabile la legge di sop-

pressione; e cioè all'ente non è più riconosciuta la capacità di diritto e il credito che ne costituisce la dotazione passa all'Amministrazione la quale riscuote l'annualità se e quando sarà esigibile.

4.

Questioni accessorie.

Prescrizione. — Adempimento degli oneri.

a) *Prescrizione.* — Si è fatta la questione se il Demanio, compiuto il trentennio dalla data dell'applicazione della legge 15 agosto 1867, abbia perduto il suo diritto a prendere possesso della dotazione degli enti soppressi.

La questione fu dai magistrati risolta nel senso della imprescrittibilità del diritto del Demanio, e ben a ragione.

Diffatti, il diritto del Demanio a prendere possesso dei beni di un ente soppresso deriva dalla legge di liquidazione dell'asse ecclesiastico che è legge di ordine pubblico ed è perciò un diritto imprescrittibile.

Del resto, anche a prescindere dal concetto di diritto pubblico, egli è certo che contro la legge non si prescrive.

Il Ricci nel suo *Trattato di diritto civile* (vol. V, n. 148), parlando dei diritti prescrittibili ed imprescrittibili, cita molto a proposito una sentenza della Corte di cassazione di Napoli, 20 maggio 1869, ove la questione è molto ben posta.

In detta sentenza si osserva:

« Conviene distinguere le facoltà convenzionali da quelle che nascono dalla natura o dalla legge. Le prime prendono forza dal contratto, che produce diritti e doveri, dai quali sorgono le azioni per costringere l'obbligato a mantenere la promessa; le altre si manifestano con semplici fatti che si praticano dall'uomo su lui stesso o sulla propria cosa. Le prime sono prescrittibili col non uso per trent'anni, perchè hanno bisogno di un'azione giudiziaria per attuarsi, ed ogni azione è prescrittibile in trent'anni. Le seconde non lo sono, perciocchè per esercitarle non v'è bisogno di un'azione, ma di semplici fatti che ogni uomo può fare e non fare a suo piacimento; quindi non stabiliscono nè possesso nè prescrizione, dappoichè non v'è chi possegga invece del proprietario ».

Nella questione che ci occupa niun dubbio vi ha che il Demanio deriva il suo diritto di proprietà della dotazione di un ente soppresso dalle leggi sull'asse ecclesiastico. Dichiarato dalla legge soppresso un ente, il Demanio diventa *ope legis* proprietario dei beni dell'ente stesso.

Per esercitare questo suo diritto esso non ha bisogno di un'azione, perchè quel diritto gli compete finchè impera la legge, ma del semplice fatto della presa di possesso che può fare a

suo piacimento dopo trenta, quaranta, cinquant'anni senza che possa prescriversi il suo diritto di proprietà, non essendovi chi possegga legittimamente invece del Demanio proprietario.

A favore del Demanio sta poi anche il principio: *contra non valentem agere non currit praescriptio.*

A senso di legge (art. 13 della legge 7 luglio 1866, n. 3096 conservato in vigore dall'art. 22 della legge 15 agosto 1867) gli amministratori degli enti soppressi debbono denunziare la esistenza degli enti stessi e i beni che ad essi appartengono.

Il Demanio quindi, finchè non è messo in grado di conoscere l'esistenza dell'ente, è nella impossibilità di agire; onde, in applicazione del suesposto principio, non può cominciare a decorrere a suo carico la prescrizione.

E ciò spiega come contro il Demanio non possa neanche invocarsi la prescrizione acquisitiva: imperocchè la proprietà dei beni dell'ente spettando al Demanio dal giorno dell'applicazione della legge 15 agosto 1867 non vi potè essere in chicchessia possesso legittimo di quei beni.

b) *Adempimento degli oneri.* — La prima legge di soppressione (dopo la legge 25 agosto 1848, n. 777 che escluse da tutto lo Stato la Compagnia di Gesù e sciolse e vietò le Case della Corporazione del Sacro Cuore), quella delli 29 maggio 1855, n. 878, con cui furono soppressi gli Ordini religiosi ed alcuni Capitoli e Benefizi nelle antiche Provincie, stabiliva che i beni posseduti dagli enti morali soppressi fossero applicati alla Cassa ecclesiastica, amministrazione autonoma indipendente dalle Finanze dello Stato, alla quale furono addossati i seguenti pesi:

1.° di pagare ai membri *attuali* delle case religiose soppresse coll'art. 1 un annuo assegnamento;

2.° di pagare ai canonici *attuali* delle collegiate colpite dall'art. 2 un'annua somma;

3.° l'adempimento dei pesi inerenti ai canonicati e ai benefizii soppressi dall'art. 3 di patronato laicale o misto dei quali fosse avvenuto lo svincolo e venendo ad estinguersi l'usufrutto riservato agli attuali provvisti;

4.° di provvedere all'uffiziatura delle chiese dei conventi e delle collegiate od altre annesse ai benefizii soppressi che non potessero più essere uffiziate da coloro cui spettava, e all'adempimento delle pie fondazioni relative.

Segue l'art. 24 ove si legge:

« Le rendite della Cassa ecclesiastica, dopo soddisfatti i diversi obblighi imposti alla medesima dagli articoli precedenti, saranno esclusivamente applicate ad usi ecclesiastici, nell'ordine di preferenza che segue, cioè:

« 1.° al pagamento ai parroci delle congrue, che si stanziavano a carico dello Stato anteriormente all'anno 1855;

« 2.° al pagamento delle somme che saranno necessarie pel clero dell'isola di Sardegna, in dipendenza dell'abolizione delle decime;

« 3.° a migliorare la sorte dei parroci che non hanno una rendita netta di lire mille ».

Posto l'obbligo espressamente dalla legge stabilito dell'adempimento dei pesi delle fondazioni inerenti ai benefizi soppressi e dell'uffiziatura e dell'adempimento delle pie fondazioni nelle chiese ex conventuali, collegiate e beneficiarie, non si sarebbe potuto negare l'obbligo nella Cassa ecclesiastica dell'adempimento specifico degli oneri religiosi.

È ben vero che la legge all'art. 24 disponeva a carico della Cassa ecclesiastica altri obblighi; ma a questi evidentemente si doveva solo provvedere in quanto soddisfatti tutti gli altri che avevano la precedenza vi fosse rimasto un avanzo.

E un avanzo allora era possibile, perchè colla morte dei membri *attuali* delle soppresse case religiose e dei canonici *attuali* delle collegiate soppresse veniva a scemare il passivo della Cassa ecclesiastica, al cui attivo invece veniva ad aggiungersi per forza dell'art. 25 l'ammontare della quota di concorso imposta sugli enti e corpi morali ivi specificati appunto come nell'articolo è detto per meglio e più efficacemente provvedere agli usi ecclesiastici indicati nella legge.

Colla legge 21 agosto 1862, n. 794 si stabilì che i beni immobili devoluti e da devolversi alla Cassa ecclesiastica per la legge del 1855 passassero al Demanio dello Stato, il quale fu tenuto ad inscrivere in nome della Cassa ecclesiastica una rendita del 5 per 100 sul gran libro del Debito Pubblico, uguale alla rendita dei beni trasferiti al Demanio.

All'art. 8 fu disposto che gli oneri inerenti ai beni trasferiti al Demanio s'intendevano trasferiti sulla rendita intestata alla Cassa ecclesiastica.

Sopravvenne poi la legge 7 luglio 1866, n. 3096 sulla soppressione delle Corporazioni religiose in tutto il Regno, la quale istituì in luogo e vece della Cassa ecclesiastica il Fondo per il culto costituito dalle rendite e dai beni attribuitigli da questa legge e dalle rendite e dai beni in virtù di leggi preesistenti già devoluti alla Cassa ecclesiastica o assegnati in genere per servizio o spese di culto (art. 25).

A senso dell'art. 28 della stessa legge passarono a carico del Fondo culto:

1.° gli oneri già incombenti alla Cassa ecclesiastica e quelli *inerenti* ai beni passati al Demanio in forza di questa legge di soppressione e trasferiti sulla rendita pubblica assegnata ad esso Fondo culto, indi:

2.° le pensioni dei membri degli Ordini e delle Corporazioni religiose a termine di questa e delle precedenti leggi di soppressione;

3.° tutti gli oneri gravanti il bilancio dello Stato per spese del culto cattolico;

4.° il supplemento di congrua ai parroci;

5.° i pesi che le diverse leggi del Regno pongono a carico delle Provincie e dei Comuni per spese di culto, in quanto non

derivino da diritto di patronato, da contratti bilaterali o non siano il corrispettivo o la condizione di concessioni fatte dal Governo, da un corpo o ente morale o da privati.

Però intanto la legge 7 luglio 1866 non riproduce più l'obbligo della ufficiatura delle chiese delle soppresse Corporazioni religiose e neppure quello dell'adempimento delle pie fondazioni ad esse annesse.

Quanto agli oneri inerenti ai beni delle soppresse Corporazioni è a notare che l'art. 11 dopo aver detto che il Demanio iscriverà a favore del Fondo culto una rendita 5 per 100 uguale alla rendita dei beni soppressi accertata e sottoposta alla tassa di manomorta sotto deduzione del 5 per 100 per spese di amministrazione, soggiunge che gli oneri inerenti ai beni che non importino condominio, si intenderanno trasferiti coi diritti e privilegi loro competenti sulla rendita come sopra inscritta.

Quindi dal momento che la legge all'art. 28 stabilisce che saranno pagati a carico del Fondo culto gli oneri inerenti ai beni passati al Demanio e trasferiti sulla rendita pubblica a norma dell'art. 11, e in quest'ultimo articolo è detto che s'intenderanno trasferiti sulla rendita gli oneri inerenti ai beni coi diritti e privilegi loro, tanto v'ha per riconoscere come intendimento del legislatore sia stato quello di mantenere a carico del Fondo culto solo quegli oneri che fossero inerenti ai beni in forza di un diritto o privilegio, e non quegli altri che costituiscono lo scopo di culto della fondazione da cui i beni provengono.

In altri termini havvi dalla dizione della legge sufficiente motivo per ritenere che gli oneri di cui al n. 1 dell'art. 25 sono soltanto quelli garantiti da privilegio od ipoteca e quelli che costituiscono un vero *aes alienum*, ovverosia dipendono da un diritto civilmente esperibile da terzi; per modo che all'adempimento degli oneri di culto nei quali si concreta lo scopo della fondazione sia stato sostituito l'adempimento per equipollenti; onde, salva l'erogazione delle rendite in quegli oneri per cui i beni sono vincolati a favore di terzi o per ragione di privilegio od ipoteca o per ragione di un titolo attributivo di un diritto civile con conseguente azione giudiziaria, tutta la rendita residua debba erogarsi negli altri scopi che costituiscono la missione propria del Fondo culto alla quale il medesimo non potrebbe certo adempiere se dovesse curare l'esatta osservanza degli obblighi di culto imposti dai fondatori.

Venne in seguito la legge 15 agosto 1867 di soppressione dei benefizi proprii ed improprii e di tutte le altre fondazioni di culto, nella quale all'art. 4 è detto che i privilegi e le ipoteche legittimamente inscritte sopra i beni immobili devoluti al Demanio dello Stato in forza della legge 7 luglio 1866 e di quest'ultima 15 agosto 1867 conserveranno il loro effetto.

Ma poscia si soggiunge:

« I privilegi e le ipoteche iscritti per garantire l'adempimento degli *oneri annessi alla fondazione* s'intenderanno di pien diritto cessare da ogni effetto ».

Salvo a voler di proposito chiudere gli occhi alla verità, non si può a meno di riconoscere che la legge 1867 coll'introdotta distinzione fra *oneri inerenti ai beni* e oneri annessi alla fondazione ha spiegato meglio il concetto che era già insito nella legge precedente che, cioè, l'obbligo nel Fondo culto è ristretto all'adempimento degli oneri inerenti ai beni, val dire di quegli oneri che ripetono la loro ragione di essere da un titolo d'onde sorge un diritto a favore di terzi.

Appare altresì come la legge del 1867 abbia apportata una radicale modifica alla legge del 1866 nel senso che non tutti gli oneri inerenti ai beni devono stare a carico del Fondo culto, ma soltanto quelli che risultano garantiti da privilegio o da ipoteca legittimamente inscritta sopra i beni immobili devoluti al Demanio.

E, difatti, se la legge ha voluto che cessasse l'effetto dei privilegi ed ipoteche iscritte a garanzia dell'adempimento degli oneri annessi alla fondazione, e tale effetto ha mantenuto per ogni altro privilegio ed ipoteca sopra i beni immobili devoluti al Demanio, abbiamo giustificato motivo di ritenere che neppure tutti gli oneri inerenti ai beni debbono a senso della legge stare a carico del Fondo per il culto, ma soltanto quelli garantiti da privilegio od ipoteca regolarmente inscritta sugli immobili al momento dell'applicazione della legge, perchè altrimenti non avrebbe motivo di essere la disposizione di che al secondo capoverso dell'art. 4 della legge 15 agosto 1867.

Ma questo che è un innovamento della legge del 1867 a quella precedente del 1866 non fu riconosciuto dalla Corte suprema di Roma (Vedi sentenze 10 luglio 1876 nel *Foro ital.*, 1877, I, 859; 10 aprile 1880 nella *Corte suprema*, 1880, suppl. 221; 12 marzo 1881 nella *Corte suprema*, 1881, 316; 13 marzo 1883 nel *Foro ital.*, 1883, I, 769; 10 marzo 1884 nella *Legge*, 1885, 151; 24 gennaio 1887 nella *Corte suprema*, 1888, 642; 3 aprile 1888 nella *Corte suprema*, 1888, 222; 7 gennaio 1891 nella *Corte suprema* 1891, 16; 8 luglio 1892 nella *Corte suprema*, 1892, I, 439; 20 aprile 1894 nella *Corte suprema*, 1894, 303), la quale si limitò a decidere che il Fondo culto non è tenuto ad adempiere agli obblighi religiosi che non siano a favore di determinate persone investite di azione giuridica per l'adempimento, mantenendo così aperta la questione sulla natura degli oneri *inerenti* o non ai beni; questione che assai di rado si sarebbe riprodotta qualora la Corte avesse ammesso quello che pare indubbio sia stato il concetto dell'ultima legge del 1867, e cioè che non tutti gli oneri inerenti ai beni sono obbligatori pel Fondo culto, ma quelli soltanto garantiti da privilegio o da ipoteca regolarmente inscritta.

E così non si sarebbero avute le decisioni contraddittorie della Cassazione romana consegnate nelle sentenze 13 dicembre 1897, 22 gennaio 1900, riportate la prima nella *Rivista di diritto ecclesiastico*, vol. VIII, pag. 64, e l'altra nel *Foro ital.*, 1900, 202 circa la obbligatorietà o meno dell'adempimento della celebra-

zione della messa festiva ordinata dal testatore a comodo della popolazione.

Ammettendo che anche di fronte alla legge del 1867 sia conservato l'obbligo del Fondo culto di adempiere agli oneri inerenti ai beni devoluti al Demanio che non siano garantiti da privilegio od ipoteca, si lascia troppo vasto campo alla erogazione delle rendite assegnate al Fondo culto.

In vero, posto, come è nella dottrina e giurisprudenza ammesso, che basta un semplice interesse a legittimare un'azione giudiziaria, noi dovremmo ammettere che la chiesa nella quale il testatore ha disposto che fossero celebrate le messe da lui ordinate ha un diritto civilmente esperibile a mezzo della fabbriceria per la celebrazione delle messe che rappresentano un interesse materiale e morale della chiesa.

Ma, ciò ammettendo, si verrebbe quasi sempre ad eludere la legge, la quale all'adempimento specifico degli oneri di culto ha sostituito quello per equipollenti più rispondente alle mutate condizioni dei tempi, e si impedirebbe al Fondo culto di adempiere intieramente la missione impostagli mediante il soddisfacimento di tutti quegli altri obblighi che gli furono imposti dalla legge 7 luglio 1866 e dalle successive.

Onde pare a noi più conforme allo spirito ed alla lettera della legge il restringere l'obbligo del Fondo culto all'adempimento di quegli oneri inerenti ai beni devoluti al Demanio che siano garantiti da privilegio e da ipoteca regolarmente inscritta.

E siffatti oneri essendo a scopo di culto, la relativa rendita inscritta a favore del Fondo culto vuol essere decurtata, oltre che dell'ammontare delle tasse di manomorta e di ricchezza mobile imposte dalle rispettive leggi, anche del 30 per 100, cioè della tassa straordinaria imposta sul patrimonio ecclesiastico dall'art. 18 della legge 15 agosto 1867.

Se poi si tratta di oneri che non possano dirsi a scopo di culto, in tal caso la porzione di beni afferente detti oneri non rimane colpita da soppressione e spetta all'avente diritto di reclamarla.

Trattasi di rivendicazione piuttosto che di diritto all'adempimento. Salvo, ben inteso, il patto con cui di accordo fra l'avente diritto e Demanio e Fondo per il culto si mantenga valida la presa di possesso, e il Fondo culto si obblighi colla rendita relativa ad adempiere all'onere, nel qual caso la rendita vuol pure essere decurtata della tassa di manomorta e di quella di ricchezza mobile.

Avv. Carlo Moja.

PER LA RIFORMA

DELLA

PROCEDURA PENALE

RELAZIONE

del giudice Cavagnari sui seguenti temi dei *Principii della Commissione ministeriale*

(*Continuaz. e fine — Vedi N. 1, 2 e 3*).

PRESTAZIONE DELL'OPERA PENALE.

Prima di arrivare al gravissimo argomento del riordinamento del casellario giudiziario, è da farsi una breve sosta sulla prestazione dell'opera penale, considerato come sostitutivo della pena carceraria nei casi preveduti dagli articoli 19, 22 cod. pen. che non vengono applicati per difetto di norme regolatrici, come pur troppo accade di quasi tutto il sistema penitenziario, stabilito da quel codice.

La Commissione non si dissimulò la complessità del problema per la sua intima relazione con questioni economiche, vivamente discusse (fra cui la concorrenza del lavoro dei condannati al lavoro libero); o si limitò ad affermare che le norme fondamentali relative alla prestazione dell'opera penale debbono essere fissate nel codice di procedura penale, salvo a disciplinare i particolari in apposito regolamento, aggiungendo che lo studio delle norme legislative rimase affidato alla Sottocommissione.

Il tema della prestazione dell'opera penale si connette a quello del risarcimento del danno alla parte lesa, in quanto dalla stessa Commissione viene anche accolto il principio che si deve assegnare alla parte offesa a titolo di risarcimento del danno una ***piccola parte della mercede dovuta al condannato per il suo lavoro***, incaricando la Sottocommissione di studiare la riforma diretta a coordinare il nuovo principio al regolamento carcerario.

CASELLARIO GIUDIZIALE.

Problemi fondamentali. — I problemi fondamentali in questa grave materia riguardano la pertinenza delle disposizioni che regolano il casellario giudiziale, il suo meccanismo, le iscrizioni, le cancellazioni, la pubblicità di queste iscrizioni, il contenuto dei certificati penali, l'identificazione dei delinquenti.

La soluzione dei quali problemi ha lo scopo supremo di ottenere la conciliazione fra gli interessi della difesa sociale e della giustizia e quelli del condannato e del processato.

Non si può dubitare della necessità della riforma del casel-

lario giudiziale, più volte reclamata e discussa anche nel seno della Commissione per la statistica giudiziaria, le deliberazioni della quale anzi, sopra una memorabile relazione del commissario Cosenza, segnano il punto di partenza degli studi e delle proposte di riforma. Tanto più la riforma appare necessaria, dopo che si è decisa anche la riforma dell'istituto della riabilitazione, di cui il casellario è un complemento essenziale.

Già la dottrina più autorevole ha segnati i termini della riforma:

1.° escludere dall'iscrizione tutte le pronunzie di proscioglimento;

2.° escludere non solo le contravvenzioni, ma adottare una oculata scelta di delitti lievi e scusabili e di delinquenti primarii;

3.° limitare in ragione di tempo, a guisa di termine prescrittivo, l'iscrizione su' medesimi;

4.° sancire disposizioni speciali in favore dei minori, come una di quelle tutele che giovano a prevenire la delinquenza.

Oggi il casellario giudiziale è disciplinato dal regio decreto del 6 dicembre 1865; ma, trattandosi d'un istituto che tocca alti interessi sociali ed individuali, è giusto che si debba provvedere al suo regolamento con norme d'indole legislativa, le quali prendano posto nel procedimento d'esecuzione e integrino il codice di procedura penale.

D'altra parte è il codice di procedura penale vigente, all'articolo 604, che stabilisce i casi nei quali l'imputato può chiedere la cancellazione dai registri penali della imputazione inscritta a suo carico.

È noto che questo articolo, per il suo testo infelice, diede luogo a tante discussioni e a tante critiche, in gran parte giustissime, massime dopo che, come notò il Lucchini ne' suoi *Elementi di procedura penale*, finì con l'accordarsi nel ritenere che l'iscrizione debba farsi e la cancellazione debba ammettersi rispetto alle sentenze e ordinanze istruttorie di non luogo a procedere per insufficienza di indizi.

Principii della Commissione. — La Commissione ha pertanto deciso che si debbano introdurre nel procedimento d'esecuzione norme dirette a disciplinare l'ordinamento del casellario giudiziale, il di cui meccanismo odierno non richiede poi, ad avviso della Commissione stessa, che qualche modificazione da introdursi nel regolamento.

Sulle iscrizioni nel casellario la Commissione ha accolti questi principii:

Non si debbono iscrivere le contravvenzioni di carattere locale; si incarica la Sottocommissione di studiare se non sia il caso di limitare l'iscrizione delle contravvenzioni a quelle prevedute nel codice penale e nella legge di procedura civile.

Fra le pronunzie istruttorie si debbono iscrivere nel casellario quelle di non farsi luogo a procedimento penale per insufficienza di indizi sulla colpabilità dell'imputato, *quando però sia dimostrata la sussistenza del fatto.*

Fra le sentenze che si pronunziano nel giudizio di merito si debbono iscrivere solo quelle di condanna.

Nella speranza che in via di revisione del codice penale pure sia ammessa nei lievi reati la recidiva pe' minori di quattordici anni, si ritiene che le relative condanne non si debbono iscrivere nel casellario.

Si esprime il voto che in occasione di una riforma del codice penale si prescriva che agli effetti della recidiva si tenga conto delle condanne pronunziate dai tribunali esteri, se l'autorità giudiziaria italiana dichiari che la condanna produca tali effetti, ma si deve prendere nota nel casellario solo delle sentenze dei tribunali stranieri che siano esecutive nel regno.

Come si apprende da queste massime la Commissione ha preferito un sistema medio, equidistante, tanto dall'opinione da chi vuole che il casellario giudiziale deve ritrarre la più precisa biografia penale del condannato e accusato, e quindi comprendere ogni notizia necessaria dei procedimenti iniziati, pronunzie istruttorie e di merito (escluse quelle di non farsi luogo per inesistenza di reato), condanne per contravvenzioni e per delitti anche i più lievi, ancorchè commessi dai minori di anni quattordici, quanto dall'opinione di chi vuole invece il casellario giudiziale limitato a ragguagliare delle condanne più salienti e più gravi, escluse le pronunzie di proscioglimento, le pronunzie in materia di contravvenzioni.

Il criterio più sicuro per giudicare quale di questi due sistemi sia il migliore viene dato dal modo di regolare il casellario in rapporto ai terzi, o, in altri termini, dalla pubblicità maggiore o minore delle notizie in esso registrate.

La Commissione ha deciso che ogni certificato penale debba essere la copia fedele del cartellino del casellario, non ammettendo quindi il sistema francese, che stabilisce insieme ai certificati pubblici le annotazioni clandestine, che servono unicamente a cognizione e guida dell'autorità giudiziaria per le eventuali investigazioni ulteriori.

Naturalmente se il certificato penale deve essere sempre la copia fedele del cartellino del casellario, bisognerà usare maggiore circospezione e maggiore rigore nello stabilire le iscrizioni che essi devono registrare, allo scopo di non recare troppo danno al condannato o all'accusato e di non favorire la malizia dei terzi. Invece si potrà largheggiare in quelle iscrizioni, se il certificato pubblico non potrà dare ragguaglio che di alcune determinate notizie.

Io penso che ciò che si porta a cognizione dei terzi debba esattamente corrispondere a quanto è contenuto nel casellario, perchè l'autorità ha sopratutto l'obbligo della massima sincerità e lealtà, perchè questo segreto parziale tornerebbe sempre dannoso all'imputato, e la restrizione della pubblicità potrebbe avere il risultato contrario.

D'altra parte alle nuove esigenze dell'amministrazione della giustizia per apprezzare i precedenti dell'imputato in eventuali suc-

cessivi processi, bastano le notizie registrate negli atti dei processi anteriori.

Non si può negare che un precedente penale, per quanto lieve, riportato nel cartellino del casellario, acquista una certa pubblicità e una certa gravità, che può proiettare sulla figura dell'accusato una luce oscura; anzi il più delle volte il mistero, la penombra, ingrandisce nel dominio della fantasia, le cose più piccole schiettamente considerate nella loro natura e realtà. Aggiungasi che i precedenti penali nel cartellino, per quanto sia questo dettagliato, appariscono in una forma troppo semplice e cruda perchè possano attenuare le cattive impressioni, mentre negli atti del processo si trovano tutti quegli elementi dilucidatori e complementari che valgono a presentare in modo più netto e più vero la figura dell'accusato.

Metto in dubbio però la razionalità di attingere per la giustizia penale, sia pure ai soli fini istruttorii, anche agli atti dei processi penali anteriori, perchè alla biografia penale possono e debbono contribuire soltanto i fatti certi, i quali hanno base solida unicamente nelle sentenze di condanna.

Epperò dissento anche dal principio di iscrivere nel casellario le pronunzie istruttorie dichiaranti non farsi luogo per insufficienza di indizi sulla colpabilità dell'imputato, quando sia dimostrata l'esistenza del fatto. Quando sia intervenuta l'assolutoria nel periodo della istruzione o del giudizio, l'imputato dev'essere protetto dalla presunzione d'innocenza, alla quale si scema efficacia, conservando la memoria della imputazione nei registri penali.

Non si dica che quelle pronunzie non sono definitive come le sentenze di non provata reità ed è d'interesse sociale conoscere questi procedimenti sospesi. Alle eventuali indagini successive, alla riapertura possibile dell'istruttoria, non sarà mai ostacolo la sopravenienza di altri fatti a carico dell'imputato, malgrado il silenzio del casellario su quelle pronunzie.

Nessun danno dunque per la difesa sociale, che muove sempre libera nella sua azione, mentre un danno notevole ne nasce all'imputato, tanto più che egli non ebbe modo d'esercitare largamente in quello stadio il diritto di difesa.

Mi dichiaro favorevole per l'iscrizione delle contravvenzioni prevedute dal codice penale e dalla legge di pubblica sicurezza e per parecchie altre di certa gravità, per la considerazione già accennata che anche le contravvenzioni servono a dimostrare sotto un certo rispetto la pericolosità e temibilità dell'individuo, rivelando in lui, quantunque sotto forma meno appariscente e meno acuta e meno allarmante, tendenze antigiuridiche e antisociali.

È indiscutibile che il silenzio serbato dal casellario relativamente ai minorenni sarà provvidenziale. Così è indiscutibile che anche le condanne pronunziate dai tribunali stranieri debbono pesare agli effetti della recidiva, purchè siano state dichiarate esecutive nel regno, in armonia alle norme della delibazione

delle sentenze e degli atti stranieri nelle materie civili. È una difesa internazionale contro il delitto e i delinquenti, assolutamente necessaria e razionale.

Dato che si ammetta l'iscrizione della pronunzia di non luogo per insufficienza di indizi, è giusto che essa debba essere cancellata quando sia prescritta l'azione penale, come infatti propone la Commissione.

Rilascio del certificato penale ai terzi. — Come fu avvertito, dopo la determinazione delle iscrizioni che si devono fare nel casellario, e dopo la determinazione del contenuto del certificato penale, la questione più grave si è quella di regolare il richiesto rilascio del certificato penale ai terzi.

È noto che interpretando largamente la formola: ***per motivi degni di riguardo***, indicata nell'art. 18 del regolamento sul casellario, il certificato penale nelle mani di un terzo può recare danni irreparabili ai cittadini e servire perfino di mezzo a denigrarne la fama. D'altra parte non si può non cercare di soddisfare ai molteplici interessi sociali e individuali che reclamano la conoscenza dei precedenti penali d'un cittadino. A conciliare queste opposte esigenze serviranno il concetto e la formola adottati dalla Commissione in questo principio. — Il procuratore del re deve poter ordinare che si rilasci il certificato penale al nome d'una terza persona a chi dimostra di ***avere un legittimo interesse.*** — Contro il diniego del procuratore del re si deve accordare a colui che ha domandato il certificato penale al nome proprio o di un terzo il ricorso alla camera di consiglio. — Mi parrebbe tuttavia manchevole quella formola ***legittimo interesse***, a prevenire gli abusi che si vogliono combattere.

L'aggiunta dell'aggettivo ***urgente*** potrebbe meglio soddisfare a quell'intento, costringendo il terzo richiedente a dimostrare anche che non può fare a meno di quel certificato, che non ha altri mezzi per conseguire il fine che lo ha determinato alla richiesta. E forse riuscirebbe ancora più propria una formola, in cui fosse meglio espresso il concetto della ***necessità.***

Certificato penale del riabilitato. — La riforma dell'istituto della riabilitazione portava logicamente speciali corrispondenti disposizioni anche in ordine al casellario giudiziale.

Ed infatti la Commissione ha stabilito:

Che le condanne debbono essere cancellate quando l'autorità giudiziaria abbia pronunziata la riabilitazione.

Che per i casi speciali in cui la riabilitazione non restituisca alcuna capacità, si deve istituire in ciascun tribunale un registro nel quale si debbono iscrivere le sentenze di riabilitazione e le condanne alle quali le medesime si riferiscono.

Che collo stesso procedimento col quale si concede il certificato penale al nome proprio o al nome di un terzo, sia autorizzato il rilascio del certificato di riabilitazione a coloro che hanno legittimo interesse di dimostrare l'esistenza di determinate incapacità.

Il primo principio non passò nella Commissione senza una

viva discussione, perchè da taluni si voleva la cancellazione della condanna *ipso iure* come una riabilitazione di diritto accanto alla riabilitazione ordinaria.

Fu detto in riguardo che colla cancellazione di diritto si facilita il ritorno dell'uomo alla vita onesta, perchè colui che ha ottenuta la riabilitazione si trova in sostanza nelle stesse condizioni del condannato che, non avendo per lungo spazio di tempo commesso un delitto, è di fatto riabilitato.

Epperò si tenne ferma l'iscrizione per l'esistenza di alcuni particolari incapacità che si mantengono, malgrado la riabilitazione, in forza di leggi speciali.

Per esempio l'art. 132 della legge notarile prescrive che il notaro non può essere riabilitato nell'ufficio se sia stato condannato per falsità, furto, ecc. Se per effetto della riabilitazione questa condanna si cancellasse, quella disposizione e molte altre simili non potrebbero applicarsi.

Fu per altro avvertito, e ciò è importante, che il registro non dovrebbe avere che uno scopo puramente amministrativo, per non recare danno colla perpetuità delle iscrizioni ad un numero ingente di condannati, per impedire che la minor parte di essi esercitasse un pubblico ufficio.

Sopprimere senz' altro queste incapacità speciali sarebbe stato certamente imprudente, perchè pel prestigio di certi uffici si richiede una vita immacolata, aliena da qualsiasi sospetto. E può essere d'altronde cessata la forma esteriore, acuta delle tendenze che determinarono l'antico delitto, ma ne può continuare invece l'essenza, che non mancherà d'esercitare la sua triste azione, benchè inavvertitamente.

Il casellario giudiziale e la grazia condizionale. — Era stata fatta la proposta che la ***grazia condizionale*** costituisse altra causa di cancellazione. Ma non fu accolta, essendosi giustamente considerato che quegli che ottiene la grazia condizionale non perde la qualità di condannato, in quanto la grazia non distrugge la condanna, che il graziato ha già ottenuto un beneficio che non deve produrre un secondo, che la riabilitazione ha un carattere giudiziario, mentre non l'ha la grazia condizionale.

Sarebbe stata eccessiva generosità questo provvedimento. Bisogna essere teneri delle sorti dei condannati, ma bisogna ancora pensare alla difesa sociale e al prestigio della legge e delle sentenze. Altrimenti si cade nelle esorbitanze e nelle morbosità di un falso sentimento d'indulgenza e di clemenza.

Sanzioni. — Col dare al casellario giudiziale un ordinamento più organico e razionale, si presentava la necessità di stabilire una sanzione contro chiunque contravviene alle sue disposizioni.

Consentendo poi al Pubblico Ministero la facoltà di rettificare e cancellare le iscrizioni, si fece atto conforme alla di lui naturale competenza, salvo il reclamo alla camera di consiglio ed il ricorso per cassazione contro l'ordinanza ne' casi in cui il medesimo è consentito dalla legge.

Identificazione dei delinquenti. — La Commissione espresse voto favorevole al sistema d'identificazione de' delinquenti, domandando che quello introdotto nel regolamento carcerario del 1.° febbraio 1891 pei detenuti sia completato ed attuato anche ai fini dell'amministrazione della giustizia penale.

Detto regolamento non fa che un modesto passo verso l'identificazione dei rei col metodo delle fotografie dei detenuti, e nella relazione che lo precede fu ammessa l'istituzione in Roma di un ufficio centrale d'identificazione per istituirne poi altri in altre città.

Ma non fu che una promessa. Io considero l'identificazione dei delinquenti non solo come un complemento del casellario giudiziale, ma come un mezzo potente d'indagine penale, per riuscire a smascherare le artificiose simulazioni e dissimulazioni e accertare l'identità delle persone coll'unire al casellario giudiziale la fotografia dell'individuo e coll'annotazione su esso di quei dati antropometrici che subiscono minori variazioni con l'età o in altro modo.

Questa ingegnosa applicazione dell'antropometria al casellario giudiziale e alla istruttoria, che divenne poi un efficacissimo strumento della polizia, è dovuta, come è noto, ad un francese, il Bertilleu, che l'attuò nel casellario della prefettura di polizia di Parigi, e che la spiegò in Italia al primo Congresso antopologico in Roma del 1885, essendo stato appunto propugnata dalla nuova scuola criminale che aveva indotto quel Congresso.

Questa seconda applicazione dell'antropometria al processo penale dovrebbe essere un affidamento per quelle più larghe e più ardite e più complele applicazioni all'istruttoria del nuovo indirizzo positivo, portato eventualmente del progresso dell'antropologia, della sociologia e della psicologia, alle quali pure deve aprirsi in modo ragionevole il campo della criminalità, se vuolsi che più pronti e più efficaci siano i mezzi per combatterla.

Di questi mezzi non vi sono quasi traccie nelle proposte in esame.

Ma non è a disperare che intanto che la riforma matura, studi più completi e più oggettivi, e sopratutto la comprensione più ampia, più razionale e più imparziale dei bisogni e delle aspirazioni della scienza moderna, abbiano a lasciare nel nuovo codice di procedura penale un più largo spiraglio alla luce delle novelle idee e applicazioni.

Risarcimento dei danni alle vittime del reato.

Principii stabiliti dalla Commissione. — Però delle conclusioni sostenute dall'accennata scuola positiva la Commissione fa applicazione, come già rilevai, nella liquidazione del risarcimento dei danni alle vittime del delitto e nelle modalità per assicurarne il soddisfacimento sia con iscrizioni ipotecarie, sia con provvedimenti conservativi, sia con privilegi, sia con parziali assegnazioni.

Quindi ha stabilito queste massime:

— Il giudice penale, nel pronunziare la condanna al risarcimento del danno, deve avere facoltà di liquidarlo e di accordare una provvisionale alla parte lesa, ancorchè non si sia costituita parte civile.

— L'ipoteca iscritta ad istanza del Pubblico Ministero in virtù dell'art. 1969, n. 5 del codice civile deve valere anche a garantire il risarcimento del danno a favore della parte lesa, ancorchè non costituita parte civile.

— L'ipoteca medesima deve potere essere iscritta dal Pubblico Ministero anche in seguito al mandato di comparizione, e nei casi di citazione diretta, mediante decreto del giudice.

— In mancanza della suddetta iscrizione, la parte lesa, ancorchè non costituita parte civile, deve avere diritto di iscrivere ipoteca sui beni dell'imputato dopo la spedizione del mandato di comparizione o di cattura ed anche nei casi di citazione diretta, purchè intervenga sempre decreto del giudice.

— Si deve fare obbligo al Pubblico Ministero di iscrivere la ipoteca come sopra quando le parti lese siano incapaci od assenti.

— Si deve dare facoltà al magistrato (istruttore, pretore o presidente del collegio giudicante) di accordare, sopra domanda della parte lesa o del Pubblico Ministero, provvedimenti cauzionali su i beni mobili, rendite, salari, ecc. dell'imputato.

— Pure non dissimulando le difficoltà d'indole finanziaria, si esprime il voto che il credito della parte lesa per danni e spese abbia il privilegio sul credito dello Stato per le spese di giustizia.

— Con la sopradetta riserva si esprime il voto che alla parte lesa, la quale dimostri di non avere conseguito l'assegnato nel risarcimento, venga attribuito il prezzo ricavato dalla vendita degli oggetti confiscati.

— Si debbono stabilire norme per provocare obbligatoriamente la sollecita cancellazione dei vincoli di che sopra in caso di sentenza assolutoria irrevocabile.

— I provvedimenti sopra indicati debbono essere estesi alla cauzione prestata dall'imputato per ottenere la libertà provvisoria.

— Si deve assegnare alla parte offesa a titolo di risarcimento del danno una piccola parte della mercede dovuta al condannato per il suo lavoro.

Si incarica la Sottocommissione di studiare le forme dirette a coordinare il nuovo principio al regolamento carcerario, ed è certamente confortevole che queste proposte siano state discusse ed adottate con calda adesione, la quale non può mancare anche da parte nostra.

Liquidazione dei danni alla parte lesa non costituita parte civile. — Continnano però le esitanze intorno al principio per cui si accorda al giudice penale la facoltà di liquidare i danni e d'accordare una provvisionale alla parte lesa, anche se non si è costituita parte civile, nel pronunziare la condanna al risarcimento.

Fu specialmente accampata contro tale principio la difficoltà pel giudice penale di liquidare i danni, non essendo possibile

raccogliere in forma completa della istruttoria preparatoria gli elementi che contribuiscono alla misura di essi, per non partecipare l'imputato a quella istruttoria se non in modo parziale, e per rimanere estraneo quindi alle prove specificate del danno, la quale difficoltà si accrescerebbe nei giudizi condotti a citazione diretta, dove quegli elementi si mostrerebbero all'udienza. Si osservò inoltre che il giudizio penale sarebbe intralciato da incidenti propri del giudizio civile, che obbligherebbero il giudice a rinviare la causa quando occorressero altre prove per liquidare i danni; che di tal guisa si confondono insieme due giurisdizioni diverse per scopi e metodi di indagini.

Queste obbiezioni non ebbero però valore nel seno della Commissione, perchè fu tosto affermato, e quindi deciso, che non si obbliga il giudice penale alla liquidazione del danno, ma solo gli si concede la *facoltà,* nell'esercizio della quale egli può tener calcolo di tutte le circostanze e condizioni.

Pertanto la proposta fu accolta, ritenendosi che la liquidazione dei danni civili in sede penale assicura meglio l'accertamento dei medesimi, e procura altresì la rivalsa più rapida e più efficace, che, non rendendosi così necessaria la costituzione della parte civile, ispirerà alla nostra legislazione un più alto senso di giustizia sociale specialmente a favore dei poveri, ai quali, riuscendo difficile costituirsi parte civile, e più difficile ancora essere assistiti da patroni che possano gareggiare con difensori spesso insigni scelti dagli imputati, viene tolto il mezzo di ottenere prontamente la rivalsa del danno, e si rammenti che sono vari i casi in cui si presenta la necessità di ricorrere a mezzi istruttorii d'indole civile, in quanto che il danno derivante dal reato ordinariamente si dimostra cogli stessi mezzi istruttorii che valgono a provare l'esistenza del fatto materiale.

Danno morale. — In materia di risarcimento è noto il grave dissenso che è sorto in questi ultimi tempi nella dottrina sulla risarcibilità del danno morale, risarcibilità che la maggioranza della giurisprudenza ammette, salve poche decisioni contrarie, in alcuna delle quali io stesso ebbi parte.

Le legislazioni tendono sempre più a riconoscere quella risarcibilità, ammessa espressamente con speciali disposizioni, per esempio, dal codice germanico e dal codice federale svizzero sulle obbligazioni. Ma presso noi l'argomento principale portato contro la risarcibilità di simile danno consiste nell'addurre la mancanza di una disposizione positiva particolare che lo contempli, fatta eccezione per l'art. 38 cod. pen. che istituisce la così detta riparazione pecuniaria o ***pecunia doloris*** nei delitti che offendono l'onore della persona o della famiglia, norma particolare, la quale, ragionando a rigore di diritto, potrebbe indurre l'esclusione della risarcibilità del danno morale anche in materia civile, dove la disposizione generale stabilita nell'art. 1151 cod. civ. costituirebbe una ragione non troppo sicura per ammettere la risarcibilità in discorso.

Di ciò tenne conto la Commissione, la quale, nel far voto

perchè si allarghi l'applicazione del complemento o riparazione penale preveduta nell'art. 38 cod. pen., estendendola ad altri casi di danni morali, volle però che questi danni siano ***gravi***, considerando che quando un dolore sarà veramente grave si ripercuoterà di certo in un pregiudizio economico, e avvertì che quella riparazione non deve volgere ad appagare passioni individuali che altro non siano se non necessario riflesso della naturale sensibilità dell'uomo, perchè, se ciò fosse, sarebbe alterata la nozione del danno civile e diminuita la funzione della giustizia.

Pertanto la risarcibilità del danno morale muoverebbe dalle due condizioni: della valutabilità del danno e della espressa disposizione di legge determinante i casi nei quali quella risarcibilità ha luogo.

Tale è il sistema seguìto anche dai codici più recenti. Il codice germanico, fra gli altri, al § 253, stabilisce che per un danno che non è patrimoniale, può pretendersi risarcimento in denaro ***solo nei casi determinati dalla legge***. E al § 847 stabilisce che nel caso di lesione del corpo o della salute, come pure nel caso di privazione della libertà, l'offeso può pretendere un equo risarcimento in denaro anche pel ***danno che non è patrimoniale;*** diritto che per altro non è trasmessibile.

Ugual diritto spetta ad una donna, sulla quale sia commesso un crimine o un delitto contro la moralità o che venga, con insidie, con minaccie o coll'abuso di un rapporto di dipendenza, indotta a concedere il concubito fuori del matrimonio.

Nè in questo codice nè in altri si legge però l'espressione di ***danno morale,*** bensì quella assai più esatta e più determinata di ***danno non patrimoniale.*** La qual cosa è importantissima, perchè infatti molte discussioni che si fanno in questa materia dipendono appunto dall'indeterminatezza della frase ***danno morale***, la quale permette le più strane interpretazioni.

Questi concetti, ispiratori della massima affermata dalla Commissione, possono giovare a meglio indirizzare intanto la giurisprudenza e poi una riforma del codice civile.

COORDINAMENTO DELLE DISPOSIZIONI.

Nulla è da osservare sul principio, che si debbono coordinare le varie disposizioni che su tutto ciò che riguarda l'esecuzione delle sentenze in materia penale ora sono contenute nel codice di procedura e in altre leggi, ed in conseguenza collocare sotto il titolo della esecuzione le disposizioni che debbono essere mantenute circa la esecuzione delle condanne al confino e alla vigilanza della pubblica sicurezza, che formano oggetto del titolo VI, lib. III del codice; e che si debba sopprimere il titolo VII relativo alla procedura da seguirsi pe' casi di fuga e successivo arresto dei condannati, e si debbono stralciare dal codice quelle altre disposizioni che hanno carattere regolamentare.

Evidentemente queste disposizioni tendono a dare al codice di procedura penale una struttura ed un carattere più organico

e più sistematico, secondo che oggi è richiesto dai progressi, che si compirono nei codici stranieri anche nell'ordinamento formale, nella dizione, nella redazione delle leggi.

Carattere giudiziario dell'esecuzione delle sentenze di condanna.

Già accennando agli incidenti nell'esecuzione delle sentenze di condanna, ricordai come nel seno della Commissione si era affermato alla nuova tendenza scientifica d'attribuire all'esecuzione delle pene un carattere prevalentemente giudiziario e di commetterne l'alto regolamento all'autorità giudiziaria.

Ora la Commissione volle che questa tendenza avesse, per così dire, il solenne battesimo d'un voto esplicito. Ed espresse questo voto nell'ultimo principio del procedimento d'esecuzione, imponendosi appunto che il modo di esecuzione delle pene venga attribuito all'amministrazione giudiziaria.

Il voto va ripetuto e raccomandato, nel senso più chiaro e più preciso che l'esecuzione della sentenza sia posta sotto il sindacato e la vigilanza dell'amministrazione giudiziaria, rammentando che in Austria, in Germania, in Russia, l'amministrazione delle carceri dipende dal ministro della giustizia; al quale sistema tende anche la Francia.

Conclusioni.

Le mie osservazioni, che oltrepassarono per l'ampiezza e la complessità della materia le tenui proporzioni che mi era prima proposte, concludono a queste proposizioni che ho l'onore di sottoporre all'assemblea.

Azione penale. — Ammettersi l'accusa privata diretta accanto all'accusa pubblica, stabilendo per l'esercizio di essa opportune guarentigie.

Carattere del Pubblico Ministero. — Che il Pubblico Ministero cessi di essere il rappresentante del potere esecutivo presso il ministro di grazia e giustizia, o quanto meno agisca sotto la palese direzione e responsabilità del ministro stesso.

Minori ed incapaci. — Si approva l'iniziativa del Pubblico Ministero a pro dei minorenni e degli incapaci, proposta dalla Commissione, facendo voti che ciò inauguri lo speciale trattamento del quale hanno bisogno i minorenni in tutto il procedimento e giudizio penale.

Irrevocabilità dell'azione penale. — Si accetta il principio dell'irrevocabilità dell'azione penale, salvo la remissione pe' reati d'azione privata.

Mandato penale. — Non si accetta il sistema del così detto *mandato penale*, per le contravvenzioni di competenza pretoriale importanti pena pecuniaria da determinarsi.

Azione civile e rapporti fra giudicato penele e civile. — Si accolgono in massima i principii della Commissione, facendo voti che non si modifichino i termini dell'art. 6 del vigente codice di procedura penale.

34

Competenza. — Si afferma il principio della più larga competenza de' giurati, determinata dal criterio della gravità della pena, non mai dall'indole del reato, sulla eccezione pei delitti politici.

Non si ammette l'esclusione dalla competenza de' giurati dei delitti che, per difficoltà nascenti da prove tecniche (documentali) o per la loro indole strettamente tecnico-giuridica, convenga affidare al giudizio dei giudici togati.

Si afferma pure la maggiore competenza de' pretori, senza procedere ad una scelta di reati che per la loro qualità debbono essere attribuiti alla competenza del tribunale, nonostante la legge stabilisca la pena restrittiva della libertà personale oltre il limite assegnato al pretore, e di reati che, pur importando pena maggiore, si ravvisa più opportuno di deferire alla competenza del pretore, piuttosto che a quella del tribunale.

Si accoglie la soppressione della facoltà di rinvio al pretore, disposta dal vigente codice di procedura penale (art. 252-257).

Si accoglie la competenza del tribunale, così com'è stabilita dalla Commissione, *senza eccezioni.*

Citazione diretta e direttissima. — Si accolgono i principii adottati dalla Commissione, facendo voti che sia ammesso l'intervento del giudice istruttore per gli atti informativi più gravi.

Si fa voto che nulla sia innovato al vigente sistema di portare le cause avanti la Corte d'assise, avvertendo che tutto al più si potrebbe studiare a stabilire la citazione diretta, quando l'imputato sia confesso ed acconsenta.

Giudizio di cassazione. — Si accolgono i principii stabiliti dalla Commissione.

Revisione. — Si accolgono in massima i principii della Commissione, facendo voti:

a) che si ammetta la revisione anche delle sentenze d'assoluzione con severe cautele, nonchè la revisione (ferma quella nell'interesse del condannato innocente morto durante l'esecuzione della pena) nell'interesse del condannato, la cui assenza sia stata dichiarata prima della condanna;

b) che sia esclusa qualsiasi ingerenza del ministro della giustizia.

Indennità alle vittime degli errori giudiziari. — Si accoglie la proposta della Commissione, facendo voti:

a) che l'indennità sia stabilita anche per gli innocenti che subirono ingiustamente il carcere preventivo;

b) che la liquidazione del danno spetti al magistrato che pronunziò il giudizio in sede di revisione, ma come *facoltà,* non come *obbligo;*

c) che l'indennità sia posta a carico dello Stato col diritto di rivalsa verso la parte civile, il denunciatore, il falso testimone, e in generale contro tutti coloro che furono causa della sentenza ingiusta.

Riabilitazione. — Si accolgono in massima i principii della Commissione, facendo voti che la pronunzia della riabilitazione sia affidata alla Corte d'appello.

Non si ammette che la sola ***riabilitazione giudiziaria.***

Procedimento di esecuzione. Incidenti d'esecuzione. — Si accolgono in massima i principii della Commissione, facendo voti che sia concessa al Pubblico Ministero la scelta fra l'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza, della cui esecuzione si contende, e l'autorità giudiziaria del luogo dell'esecuzioue medesima.

Sospensione dell'esecuzione delle sentenze. — Si accolgono i principii della Commissione.

Condanne e grazia condizionale. — Si fa voti che siano accolti ambedue questi istituti, ammettendone la coesistenza.

Prestazione dell'opera penale. — Si accoglie il principio della Commissione.

Casellario giudiziale. — Si accolgono le proposte della Commissione, facendo voti:

a) che non si inscrivano le pronunzie istruttorie;

b) che sia meglio chiarita la formola del ***legittimo interesse***, posta come condizione pel rilascio del certificato penale ad un terzo.

Identificazione dei delinquenti. — Si accoglie il principio della Commissione e si fa voto che l'applicazione di questa riforma sia inizio di ulteriore razionale applicazione dei concetti delle scienze antropologica, psicologica e sociologica.

Risarcimento del danno alla parte lesa. — Si accolgono le proposte della Commissione, segnalando la necessità di determinare esattamente il concetto e i limiti del così detto ***danno morale.***

Carattere dell'esecuzione della pena. — Si accoglie il voto che il modo d'esecuzione della pena venga attribuito all'amministrazione giudiziaria.

Coordinamento delle disposizioni relative all'esecuzione delle sentenze. — Si accoglie il principio della Commissione.

CAMILLO CAVAGNARI.

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLE INTERPOLAZIONI

(*Continuaz. e fine — V. N. 2*).

Pecunia al plurale.

9. — D. 12, 2, 34, pr. Ulpiano, *lib. 26 ad ed.*

« [Iusiurandum et ad *pecunias* et ad omnes res locum habet]: etiam de operis iusiurandum deferri potest... ».

Il senso della parola *pecunias* non può dirsi assolutamente fuori dell'uso classico, poichè ci troviamo di fronte ad un principio generale. Tuttavia mi sembra ugualmente molto probabile un'interpolazione. Sono note le difficoltà esegetiche che dovette superare il Demelius (1) per mettere d'accordo le prime parole

(1) *Schiedseid und Beweiseid in röm. Civilprozesse*, pag. 34. Lo sforzo del Demelius è diretto a togliere a quelle parole il significato troppo generale, che si rivela a chi legga il frammento senza preconcetti e che però è consono alle modifi-

di questo frammento col diritto classico, da lui mirabilmente posto in luce in tema di giuramento. Chi ricordi il rimaneggiamento a cui i compilatori sottoposero le fonti in tale materia non vorrà credere ardito il sospetto d'interpolazione, che del resto manifestò anche il Karlowa (1). Probabilmente Ulpiano enumerava i casi nei quali si concedeva il giuramento necessario per assimilarvi l'*actio operarum*, secondo le dimostrazioni degli autori citati; i compilatori vollero generalizzare e vennero fuori con la frase certamente non ulpianea « *iusiurandum locum habet ad* », e con l'incongruenza che ha fatto sorgere tanti equivoci nella teoria e nella storia del giuramento.

10. — D. 13, 5, 3, 2 Ulpiano, *lib. 27 ad Ed.*

« Si is, qui et iure civili et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? et Labeo ait teneri [constitutum] (2), quam sententiam et Pedius probat: [et adicit Labeo vel propter has potissimum *pecunias*, quae nondum peti possunt, constituta inducta]: quam sententiam non invitus probarem: habet enim utilitatem, ut ea die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur ».

Anche in questo frammento è classico l'uso di *pecunia* al plurale, trattandosi di un principio generale (3). Tuttavia non si può sfuggire al sospetto di un rimaneggiamento dei compilatori. È riferito da Giustiniano (4), che vi fu discussione nella giurisprudenza, se il costituto potesse essere usato per i debiti a termine o sotto condizione e questo stesso frammento, nel quale la questione è proposta, ed è risolta affermativamente da Labeone seguito da Pedio, conferma tale notizia (5). Non è dunque possibile, che Labeone potesse affermare che il costituto fosse stato introdotto originariamente e specialmente per quei crediti per i quali vi era appunto questione (6).

---

cazioni che in tema di giuramento volle introdurre Giustiniano. Ecco infatti ciò che dice il DEMELIUS: « Allein wenn es hier heisst: *iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet*, so muss, wie schon richtig erkannt (z. B. GLÜCK, *Commentar*, XII, S. 264), hinzugedacht werden: *quae in obligatione sunt* — oder es ist doch jedenfalls nicht der mindeste Grund vorhanden, an anderen als Rechtseid zu denken. *Alias res* bildet den Gegensatz zu *pecunias*, ist also auf den Gegenstand des klägerischen Anspruches zu beziehen, und kann nicht von Thatsachen, die Gegenstand der Eidesdelation sein könnten, verstanden werden ». Vedi pure: op. cit., p. 38 e seg. e su DEMELIUS le recensioni di FRIERICH, nella, *Z. f. d. priv. u. öff. R. d. Gegenw.*, XVI, p. 92 e seg. e di FADDA nella *Riv. st. per le sc. giur.*, V, p. 258 e seg.

(1) *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 598.

(2) *Constitutum*, del. Hal.

(3) Vedi sopra, p. 85.

(4) C. 4, 18, 2: « Cum... *et dubitaretur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam* (sc. *actionem pecuniae constitutae*) *possibile est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege definimus, ut...* liceat pro debito puro, vel in diem vel condicionali constitui.... ».

(5) Vedi sull'esistenza di tale questione ROSSELLO, *Receptum argentariorum* nell'*Arch. Giur.*, XLV, p. 77 e autori ivi cit. a nota 5, ma specialmente BRUNS, *Z. f. R. G.*, I, p. 51 e p. 84. LENEL, *Z. d. S. St.*, II, p. 62 e 133, e sopratutti GIRARD, *Manuel*, p. 589, n. 5 Con poco fondamento il VALERY nella *Revue gén. de dr.*, 1892, sostiene che le notizie della c. 2 citata sono errate.

(6) Il GIRARD, loc. cit., rileva appunto la contraddizione in cui il nostro frammento si trova con tutte le altre notizie storiche riguardanti il nostro istituto.

A tale origine inoltre contradicono le notizie storiche date nella parafrasi greca delle Istituzioni (1), che cioè l'*actio de pecunia constituta* sia stata originariamente introdotta per quei debiti già scaduti ed esigibili, pei quali si chiedesse ed ottenesse una dilazione (2).

È possibile invece che Labeone nel punto controverso si riferisse al *receptum* (3) per giustificare la decisione sul *constitutum*, come avvenne probabilmente in un altro frammento di Paolo (4). I compilatori vollero togliere, a termini della c. 2 C. 4, 18, la menzione del *receptum*, e accomodando alla meglio passo caddero in un anacronismo (5). Che un rabberciamento vi sia stato lo dimostra anche il *quam sententiam* ripetuto a troppo breve distanza.

11. — D. 26, 7, 5 pr. Ulpiano, *lib. 35 ad ed.*

« [Ita autem depositioni *pecuniarum* locus est, si ea summa corradi, id est colligi possit, ut comparari ager possit: si enim tam esiguam esse tutelam facile probatur, ut ex nummo refecto praedium puero comparari non possit, depositio cessat. quae ergo tutelae quantitas depositionem inducat, videamus. et cum causa depositionis exprimatur, ut praedia pupillis comparentur, manifestum est, ut ad minimas summas non videatur pertinere: quibus modus praefiniri generaliter non potest, cum facilius causa cognita per singulos possit examinari. nec tamen auferenda facultas est etiam minores summas interdum deponi postulare, si suspecti tutores esse videantur] ».

Con un po' di sforzo si potrebbe ricondurre l'uso di *pecunia* al significato classico, pensando che si trattasse di molte somme da depositarsi successivamente, sebbene a ciò faccia non lieve difficoltà la relazione nella quale stanno *pecuniarum* e *summa* nel frammento. Ad ogni modo pertanto mi sembra certa l'interpolazione per varie ragioni. È ovvio in primo luogo il confronto con altri passi di Ulpiano nei quali si parla sempre di *depositio pecuniae* (al sing.): *lib. 35 ad ed.* D. 26, 7, 3. 4: « .... et si pecunia sit quae deponi possit, curare, ut deponatur ed praediorum comparationem » e D. 26, 7, 7, 3: « Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt ..... » (6). Ma con-

(1) Ad. § 8, *Inst. de act.*, 4, 8.

(2) GIRARD, loc. cit.; VALERY, loc. cit. È in errore il KAPPEYNE VAN DER COPELLO, *Disser. sul D. r. pubbl. e priv.*, pag. 262 e seg., quando, per togliere la contraddizione tra la Parafrasi e il nostro frammento, interpreta la frase *quae nondum peti possunt* nel senso di inesigibilità di fatto di un credito. Ciò che precede e ciò che segue nel nostro frammento dimostra che si trattava di obbligazione a termine non scaduto.

(3) Nell'*actio recepticia* non vi era questione riguardo al *dies* ed alla *condicio*. Vedi BRUNS. loc. cit., p. 84; ROSSELLO, op. cit., p. 77.

(4) *Lib. 13 ad ed.*, D. 13, 5: 12.

(5) Devesi escludere assolutamente l'interpretazione del FABRO, *Coniectur.* XV, c. 4, e del CHESIO, *Differ. jur.*, 44, i quali intendono l'*eodem die*, per il giorno nel quale si costituisce, invece che per quello in cui scadeva l'obbligazione originaria. A tale interpretazione osta tutto il complesso del frammento e quanto dice PAOLO nel frammento 4 successivo: « sed et si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur ». Vedi pure BRUNS, op. cit., p. 51.

(6) Vedremo presto come debba ritenersi interpolato il fr. 7, § 7 D 26, 7.

siderando per sè stesso il frammento l'interpolazione si rivela: 1) perchè il proemio appare fuori di posto e completamente staccato dal resto del frammento tanto che il Lenel lo scinde dandogli il n. 1001, mentre ai §§ 1-10 dà il n. 1002; 2) perchè è facilmente rilevabile la poca connessione logica del ragionamento, nel quale si principia a parlare di importanza della tutela (1), e venuti a determinare quanto si deva ritenere importante (*quae tutelae quantitas depositionem inducat*) si finisce per dire che il criterio si deve desumere non dalla tutela, ma dalla somma raccolta (*ut ad minimas summas non videatur pertinere*) senza far distinzione tra tutela importante o meno, tanto che si fa obbligo del deposito nel caso di *suspecti tutores* senza ricorrere più alla distinzione suddetta; 3) ma sopratutto la forma rivela la mano dei compilatori: si osservi: *a*) *id est colligi* già indicato come glossema per la sua superfluità da qualche autore; *b*) *tutelam exiguam* e *quantitas tutelae*; *c*) *per singulos* che cosa?; *d*) *facile*: perchè *facile*?); *e*) *generaliter praefiniri*; *f*) *nummo refecto* invece di *pecunia* (2).

12. — D. 26, 7, 7 § 7 Ulpiano, *lib. 35 ad ed.*

« [Si deponi oporteat *pecunias* ad praediorium comparationem, si quidem factum est, usurae non current: sin vero factum non est, si quidem nec praeceptum est, ut deponantur, pupillares praestabuntur, si praeceptum est et neglectum, de modo usurarum videndum est.] et solent praetores comminari, ut, si non fiat depositio vel quanto tardius fiat, *legittimae* (centesimae) usurae praestentur: si igitur comminatio intercessit, iudex qui quandoque cognoscet, decretum praetori sequetur ».

Non potrebbe essere più evidente l'interpretazione. Già tutti i §§ dal 7.° al 10.° rivelano una manipolazione, tanto che il § 9: « residuarum autem summarum pupillares usuras pendi oportet » dovrebbe stare prima del § 7, e la definizione delle usure pupillari, che si trova nel § 10 dovrebbe pure precedere il § 7 che di tali usure parla. Inoltre i casi contemplati sono stranamente ripetuti. Ciò ha fatto già supporre al Bacovio (3): « § 10 et praecedentes §§ 8 et 9 non ita cohaesisse olim ». Ad ogni modo, anche a volere attribuire ad Ulpiano la confusione che si nota in questi paragrafi, non è possibile attribuirgli il principio del § 7. Per la forma si noti: *a*) il periodare « si quidem... sin vero... si quidem.... si... »; *b*) « si factum est... factum non est.... praeceptum est... (quid?); *c*) *praeceptum est:* da chi? Solo più tardi si dice *et solent*

(1) Questa distinzione tra tutele importanti o no è pure probabile che sia giustinianea in altri casi. È stata accertata dal GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 77, l'interpolazione di D. 27, 2, 3, 3: « *in amplis tamen* patrimoniis positis non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit modum alimentis dabit » e non sembra difficile ammettere che debbano ritenersi giustinianee le frasi « *et maxime si substantia modica sit* » in Ulpiano, *lib. 35 ad ed.*, D. 26, 4, 5 pr. e « *si non sint magnae facultates* » nelle Ist. 1, 20, 4, le quali si presentano per sè stesse sospette nella forma.

(2) Vedasi *pecunia refecta* in PAPINIANO, *lib. 25 quaest.*, D. 22, 1, 3, 4 e *lib. 5 resp.*, D. 26, 7, 39, 8.

(3) Ad TREUTL., vol. II, Disp. 3. Thes. 4, lit. a p. 170.

praetores, etc. E per la sostanza si rilevi che il pretore non ordinava il deposito, che invece doveva farsi senz'altro, ma irrogava solo le *usurae centesimae*, come dicono più sotto lo stesso § 7 ed il § 9; e sopratutto che la distinzione che si fa così diffusamente è inutile, perchè la decisione nei due casi è identica: se è *praeceptum*, si devono le *usurae centesimae*; se non è *praeceptum*, si devono le *usurae pupillares* e queste per il § 10 sono appunto le *centesimae*!

13. — D. 26, 7, 8 Ulpiano *lib. 22 ad ed.*

« Si tutelae agat is, cuius tutela administrata est, dicendum est nonnunquam diem creditae pecuniae espectandam, [si forte tutor *pecunias* crediderit pupilli nomine, quarum exigendarum dies nondum venit. sane quod ad *pecunias* attinet, ita demum verum est si potuit et debuit credere: ceterum si non debet credere, non espectabitur] ».

Mi sembra evidente l'interpolazione. Nel frammento appare che la decisione sia data pei mutui fatti *pupilli nòmine* ed esclusa quindi per quelli fatti *nomine proprio* dal tutore. Ora questa differenza si concilia poco con le disposizioni che autorizzano il tutore, il quale è *loco domini* (1), ad assumere in proprio nome i crediti del pupillo (2).

Tanto più quando si pensi che indifferentemente nei due casi — secondo i testi citati — le azioni passavano utilmente al pupillo.

D'altra parte per ammettere che pei mutui contratti *nomine pupilli* si dovesse aspettare il *dies creditae pecuniae* e non per quelli contratti *nomine tutoris*, bisognerebbe ritenere che in questi il tutore rispondesse della insolvenza sopravvenuta del debitore, in quelli no. Questa diversa decisione è però contraria alle fonti che parlano in modo generale (3).

Giustamente quindi il Gesterding (4) afferma che basta che il tutore abbia mutuato a chi era generalmente ritenuto per idoneo

---

(1) Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 75 e seg., p. 277 e seg. e 291. Cuiacio, *ad l. 56* § 4 D. 47. 2 in *lib. XXII D. Salv. Juliani*. Glück, XXX, 224 e seg. Dernburg, *Pand.*, III, § 39. D. 47. 2, 57 (56), 4; 41. 4, 7, 3; 26, 7, 27; 50, 17, 157 pr.; 43, 24, 11. 7; 47, 2, 33; 26, 7, 55, 1; 41, 3, 4, 11 e C. 9, 41, 2.

(2) Ulpiano, *lib. 36 ad ed.*, D. 26, 7, 9: « Quotiens tutor pecuniam pupillarem foenori dat stipulatio hoc ordine facienda est; stipulari enim debet aut pupillus aut servus pupilli: quod si neque pupillus eius aetatis erit, ut stipulari possit, neque servum habebit, *tunc ipse tutor quive in eius potestate erit*, quo casu Julianus saepissime scripsit utilem actionem pupillo dandam, sed et si absens sit pupillus, *oportere tutorem suo nomine stipulari nequaquam ambigendum est* » e lo stesso Ulpiano, *lib. 1 opinionum*, D. 26, 9, 2: « Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat. mutua data ipse stipulatus fuerit [*vel praedia in nomen suum emerit*], utilis actio ei. cuius pecunia fuit, datur ad [*rem vindicandam vel*] mutuam pecuniam exigendam (per le interpolazioni segnate vedi Eisele, *Z. S. S.*, XIII, 127 e seg. ed il mio lavoro *Contributo alla storia ed alla teoria della Rei vindicatio utilis*, p. 6 e seg.) e Paolo, *lib. 9 resp.*, D. 26, 7, 46, 2: « Tutorem, qui pecuniam pupillarem *quamvis suo nomine* faeneravit, non videri contra constitutiones fecisse, quae prohibent pecuniam pupillarem in usus suos convertere ». Vedi anche D. 46, 6, 2 e 27, 8, 1, 15.

(3) Paolo, *lib. 7 quaest.*, D. 26, 7, 43 pr.: « Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur »; ed Ermogeniano, *lib. 2 jur. epitom.*, D. 26, 7, 50: « Si res pupillaris incursu latronum pereat *vel argentarius*, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur ». Vedi analogicamente anche D. 35, I, 111.

(4) *Von der Verantwortlichkeit des Vormundes*, ecc., in *Arch. f. d. civ. Pr.*, II, 236.

nel momento del mutuo, per essere esonerato da ogni responsabilità per sopravvenuta insolvenza del debitore, ben inteso quando non vi sia alcuna colpa nel ritardare l'esazione. Nè si può attribuire responsabilità al tutore, dopo finita la tutela, per i mutui contratti *suo nomine*, sulla considerazione che per tali mutui il tutore poteva azionare i debitori, come ritengono il Cuiacio (1) ed il Glück (2). La ragione di una contraria decisione si ha invece nel fatto che, finita la tutela, le azioni passano — anche per i mutui fatti dal tutore *suo nomine* — utilmente al pupillo, il quale perciò deve imputare se stesso di non avere agito (3).

Se dunque tanto nei mutui contratti dal tutore *nomine proprio*, quanto in quelli contratti *nomine pupilli*, il tutore, finita la tutela, non risponde della insolvenza dei debitori, non vi è ragione perchè in questi si deva aspettare il *dies pecuniae creditae* e in quelli no.

Nè è senza importanza rilevare che anche per la nota regola equitativa, per la quale il pupillo non può pretendere di accettare i *nomina integra* e rifiutare i *deperdita* o *male contracta*, ma deve o accettarli tutti o tutti rinunziarli, non si fa differenza tra crediti contratti dal tutore a nome del pupillo o crediti contratti a nome proprio (4).

Di fronte a questi argomenti che riguardano la poca ragionevolezza della limitazione della regola ai soli crediti contratti *pupilli nomine*, sta la forma del frammento con numerosi indizi d'interpolazione: *pecunias* di fronte al precedente *pecuniae* al singolare — *si forte* — *quarum exigendarum* dies *nondum venit*: ampollosa ed inutile ripetizione di *diem creditae pecuniae* — *quod ad pecunias attinet*: e di che si trattava dunque? — *si non debet:* confr. il precedente *debuit* (5).

14. — D. 26, 7, 15 Paolo, *lib. 2 sent.*

« Si tutor constitutus quos invenerit debitores non convenerit ac per hoc minus idonei efficiantur, [*vel intra sex primo menses pupillares* pecunias *non collocaverit*,] ipse in debitam pecuniam et in usurae eius [*pecuniae quam non faeneravit*] convenitur ».

Credo il frammento interpolato così come è segnato. Per la forma: *a*) non si sa comprendere perchè Paolo abbia voluto trattare di due cose così distinte amalgamandole, specialmente in un libro elementare come i *libri sententiarum* (6); *b*) è evidente la sconcordanza tra *pupillares pecunias* ed *eius pecuniae quam non faeneravit*, sconcordanza che sparisce invece quando si riferisca

---

(1) *Ad l. 43 de adm. et peric. tutor. in lib. VII quaest. Pauli,* ed anche *ad l. 39 cod. in lib. VI resp. Papiniani.*

(2) *Erl.* XXX, p. 331 e seg.

(3) I fr. D. 26, 7, 39; 26, 7, 16 e 50, 8, 12, 6 rettamente interpretati non suffragano la tesi del Cuiacio e del Glück.

(4) Paolo, *lib. 6 ad Sab.*, D. 26, 7, 16. Ulpiano, *lib. 35 ad ed.*, D. 26, 7, 7, 6. Vedi pure Paolo, *lib. 25 quaest.*, D. 22, 1, 11, 1.

(5) Forse la frase *si potuit et debuit credere* era nel frammento originario e fu spostata. Vedi per esempio Ulpiano, *lib. 36 ad ed.*, D. 26, 7, 9, 5 e Paolo, *lib. 8 brevium*, D. 26, 7, 14.

(6) I Basilici, XXXVII, 7, 14, infatti scindono i due casi.

l'*eius* al *pecuniam debitam*; *c*) è strano che si metta *pecuniam* al singolare in correlazione con i *debitores* (1), e si riservi invece il « pecunias » plurale al caso di un unico complesso pecuniario: la *pecunia pupillaris*; *d*) è evidente la forma delle interpolazioni estensive a mezzo della particella *vel*, già segnalate dal Gradenwitz (2) e riscontrate da altri in vari frammenti (3).

Ma anche la sostanza del frammento presenta delle anomalie. In primo luogo è evidente che siamo di fronte ad una disposizione non giurisprudenziale, ma legislativa, ed è noto che proprio per tali disposizioni è stata frequentemente accertata un'interpolazione, specialmente diretta ad introdurre dei termini (4). In secondo luogo bisogna considerare le espresse attestazioni delle fonti che stabiliscono non avere il tutore alcuna responsabilità, se non ha potuto collocare i danari del pupillo (5). Nella compilazione giustinianea noi ci troviamo di fronte alla necessità di combinare questa regola generale con quella particolare portata dal frammento in esame e che fissa un termine dopo del quale il tutore risponde senz'altro (6), e questa conciliazione noi non possiamo fare se non ritenendo che nei primi sei mesi si debba presumere, che il tutore non abbia potuto collocare i danari del pupillo, al quale quindi spetterebbe la prova contraria e che dopo i sei mesi invece si debba presumere, che il tutore avrebbe potuto collocare e quindi a lui competerebbe la prova del contrario (7). Come è che di tutto questo intreccio, che pure avrebbe dovuto dar luogo a tante questioni, non si trova traccia nelle fonti? Come è che di questa limitazione di termini non si fa parola dallo stesso Paolo nè nel *lib. 30 ad ed.* (8) quando dice:

---

(1) Ciò non sarebbe alieno dall'uso classico. Vedi per esempio D. 46, 3, 28; 26, 7. 57 pr.; 26, 46, § 7; ma colpisce in un frammento nel quale si è voluto usare il plurale *pecunias*.

(2) *Bullettino dell'ist. di dir. rom.*, 1889, p. 2 e seg.

(3) Vedi per esempio: EISELE, *Z. S. S.*, XII, p. 127 pel fr. 2, D. 26, 9 e PAMPALONI, *Arch. giur.*, LVI, p. 815 pel fr. 30, 1, D. 24, 3.

(4) Vedi spazio di 5 anni nel D. 24, 2, 6, GRADENWITZ, *Interp.*, p. 10 e 98; spazio di 10 giorni nel D. 13, 5, 21, 1, GRADENWITZ, op. cit., p. 74, FERRINI, *Arch. Giur.*, XL, p. 166 e KAPPEYNE, *Abhandl.*, p. 261; spazio di 3 anni in D. 23, 2, 10 e 11. LENEL, *Pal.*, Paolo 525 e Giul. 757; spazio di 2 anni in D. 19, 2, 56, EISELE, *Z. S. S.*, XVIII, 22; spazio di 30 giorni in D. 43, 19, 1, 2, EISELE, *Z. S. S.*, X, p. 320 e XVIII, p. 42 e LENEL, *Paling.* Ulp. 1552; spazio di 5 anni nel D. 42, 6, 1, 13, FERRINI, *Arch. giur.*, LXIII, p. 546. Sono pure notevoli le interpolazioni relative alla presunzione di premorienza: FERRINI, *Riv. sc. giur.*, XIV, p. 289 e quelle relative alla estensione dell'*actio aquae pluviae arcendae*, PEROZZI, *Arch. giur.*, LIII, p. 357 e 359. — Un'altra interpolazione che mi sembra sicura e che ha stretta relazione col fr. 15 è quella del D. 26, 7, 7, 11 di ULPIANO, *lib. 35 ad ed.*: « Usurae a tutoris non statim exiguntur, sed interiecto tempore ad exigendum et ad collocandum [*duum mensum*] idque in judicio tutelae servari solet: quod spatium seu laxamentum temporis tribui non oportet his, qui nummos impuberum vel adulescentium in suos usus converterunt ». La disposizione è d'indole legislativa; è in opposizione con i frammenti che affermano, che il tutore non risponde, se non ha potuto collocare, e col nostro fr. 15 il quale non pone alcun termine *ad exigendum*; il genitivo è caratteristica giustinianea come si può rilevare da alcune delle interpolazioni sopra accennate e da varie altre.

(5) D. 26, 7, 12 § 4, 13 § 1 e 58, § 3; C. 5, 56, 3; 5, 37, 22, 5; 5, 37, 24; PAUL., *Sent.*, II, 14, 6.

(6) Lo stesso può dirsi del fr. 7 § 11 (vedi n. 73) al quale sono applicabili quasi tutte le considerazioni che si fanno nel testo pel fr. 15.

(7) DERNBURG, *Pand.*, III, p. 86, n. 7. WINDSCHEID, *Pand.*, § 439, n. 8.

(8) D. 26, 7, 12, 4.

« si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit, quod non erat cui crederet, pupillo vacabit », nè nel *lib. II, 14, 6* delle sentenze quando analogamente afferma: « tutor in usuras non convenitursi pecuniam pupillarem ideo non collocavit, quod idonea nomina non habebat, cui pecunia collocetur: cuius rei contestatio apud praesidem provinciae deponenda est? ».

E specialmente il fr. 15 in esame mal si concilia col fr. 58 § 3 *eod. tit.* di Scevola, secondo il quale le *usurae* si devono rappresentare *ex eo die quo duo millia potuerunt a substantia separari et in nomina collocare*, cioè anche prima e anche dopo il termine del fr. 15, senza distinzione, e col fr. 13 § 1 *eod.* di Gaio per il quale, senza distinzione di termini, « non est audiendus tutor, cum dicat ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse ».

Ma ciò che desta maggior meraviglia è, che i termini di cui si parla si trovino stabiliti per la *faeneratio pecuniae* e non per la *praediorum comparatio*, alla quale la *faeneratio* era subordinata (1), tanto che il Cuiacio (2) logicamente, ma arbitrariamente allo stato delle fonti, ritiene che gli stessi termini debbano applicarsi anche all'acquisto dei fondi.

15. — D. 26, 7, 58, 1 Scevola, *lib. 11 Digestor.*

« Ex duobus tutoribus pupilli altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui supererat ex persona pupilli sui indice accepto consecutus est cum usuris, quantum ex tutela ad tutorem defunctum pervenerat: quaesitum est, iudicio tutelae, quo experitur pubes factus, utrum eius tantum portionis, quae ab initio quod (quondam *scr.* Mommsen) ex tutelae ratione pervenerat ad defunctum contutorem, usurae veniant, an etiam eius summae, quae ex sortis usuris pupillo aucta post mortem eius ad superstitem aeque cum sorte translata sit aut transferri debuit. respondit [si eam *pecuniam* in se vertisset, omnium *pecuniarum* usuras praestandas: quod si *pecunia* mansisset in rationibus pupilli, praestandum, quod bona fide percepisset aut percipere potuisset, sed, foenori dare cum potuisset, neglexisset, cum id, quod ab alio debitore nomine usurarum cum sorte datur, ei qui accipit totum sortis vice fungitur vel fungi debet] ».

Non credo si possa dubitare della interpolazione. La decisione è in sè giusta, ma non risponde alla questione proposta ed è eloquente il confronto col successivo § 4 dello stesso frammento, dove lo stesso quesito si pone pel caso di un curatore succeduto ad un tutore e si risponde semplicemente con modo e stile di Scevola: « omnis pecuniae, quae ad curatores transit, parem causam esse, quia omnis sors efficitur ». Si noti d'altra parte quanto è contorta la costruzione, come manchi il soggetto del verbo *vertisset*, come sia strana la frase *vertere in se* invece di quelle classiche *vertere in usus suos* o *in rem suam*, e come

(1) Brinz, *Pand.*, III, p. 818, 20.
(2) In *lib. V, tit. 37 Cod.*

non si sappia che cosa si sia voluto dire con l'aggiunta *vel fungi debet*. Decisamente non è stile di Scevola.

16. — D. 34, 3, 28, 3 Scevola, *lib. 16 dig.*

« Titius testamento facto et filiis heredibus institutis de patre tutore suo quondam facto ita locutus est: *Seium patrem meum liberatum esse volo ab actione tutelae.* quaero, haec verba quatenus accipi debent, [id est an *pecunias*, quas vel ex venditionibus rerum factis aut ex nominibus exactis in suos usus convertit vel nomine suo faeneravit, filiis et heredibus testatoris nepotibus suis debeat reddere]. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum [praesumptio enim propter naturalem affectum facit omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus eius approbetur] ».

L'ultima interpolazione fu già affermata dal Gradenwitz (1) e dal Lenel (2). Mi sembra però che anche la prima, dall'*id est* sino a *reddere*, si possa facilmente ritenere, non ostante che il plurale *pecunias* sia usato in un senso che può rintracciarsi anche nei classici, in confronto dei diversi atti ai quali le *pecuniae* si riferirebbero (*ex venditionibus aut ex nominibus*). Mi muove a ciò la considerazione che ove il caso fosse stato così precisamente determinato male si spiegherebbe la risposta « *eum, cuius notio est, aestimaturum* », quando si avevano tutti gli elementi di un caso concreto da valutare per poter dare una soluzione più precisa (3).

17. — D. 40, 5, 37 Ulpiano, *lib. 6 fideicomm.*

Il servo, cui sia concessa *pure* la libertà fidecommissaria, deve essere liberato e poscia costretto a *reddere rationes*, secondo l'editto del divo Marco:

« tantum igitur rationes reddere cogetur. sed an et reliqua *restituere* debeat nihil adicitur, *nec puto cogendum:* nam de eo, quod in servitute gessit, post libertatem conveniri non potest, [corpora plane rationum et si quas res vel *pecunias* ex his detinet cogendus est per praetorem restituere: item de singulis instruere] ».

L'aggiunta finale contraddice alla decisione precedente, poichè mentre prima si dice: *nec puto cogendum restituere reliqua rationum*, si impone poi l'obbligo di restituire *quas res vel pecunias ex rationibus detinet* (4).

Vedasi inoltre, come ciò sia consono a quanto stabilì Giustiniano, C. 3, 31, 12, 26: « . . . . . competant quidem directae libertates, ex fideicommissariis autem in libertatem servi eripiantur, ita tamen, si non falsum testamentum approbetur: *sub ea*

---

(1) *Z. S. S.*, VI, p. 71 e 78. *Interpol.*, p. 29 e 195.

(2) *Paling.*, 57, vol. II, 234[2].

(3) Non è trascurabile il confronto con un altro fr. di Ulpiano, *lib. 9 ad ed.* D. 3, 3, 40, pr., in cui un'interpolazione con l'*id est* è diretta a determinare un caso originariamente indeterminato: v. Eisele, *Z. S. S.*, XVIII, p. 38.

(4) Vedi in argomento D. 35, 1, 50; 40, 12, 43; 47, 4, 1, 7; 3, 5, 18, 1; 3, 5, 16 e C. 2, 18, 21.

scilicet condicione, ut, si actores sint vel alias ratiociniis suppositi, et postquam perveniant in libertatem, necessitas eis imponatur *res hereditarias et rationes reddere* ».

È notevole la inutile ripetizione *item de singulis instruere* già compresa nel *reddere rationes.*

Perciò è lecito il sospetto di una interpolazione.

18. — D. 22, 3, 31. Questo e il precedente frammento 30 non appartengono ai digesti, e sono un'aggiunta apocrifa. Il Mommsen osserva: « haec in fine huius titoli habent F^1 (ubi autorum nomina deficiunt spatiis vacuis relictis) V^b (manu saec. XII), delevit F^2 nec habent P V^a U^r L: non esse digestorum Graeci interpretes declarant, qui ea ignorant, declaratque praeterea ratio inscriptionum a compilatorum usu aliena ».

Ed ora una breve rassegna delle Costituzioni del Codice.

Trasandiamo quelle che sono di un periodo molto avanzato e bizantino, le quali provano solo come a quest'epoca deve solo attribuirsi l'uso di *pecunia* al plurale in senso non collettivo. Tali sono: C. 1, 3, 28, 2 di Leone (a. 468); 1, 3, 30, 2 di Leone e Antemio (a. 469); 4, 35, 22 di Anastasio (a. 506); 7, 37, 2, 1 di Zenone e 12, 37 (38); 16, 2 e 3 di Anastasio.

Ricordiamo le seguenti costituzioni, nelle quali il plurale è in senso collettivo conforme all'uso classico già rilevato in molti frammenti del digesto e cioè C. 7, 8, 6 di Alessandro; C. 4, 10, 13 di Diocleziano e Massimiano (a. 294); 8, 42 (43), 19 degli stessi imperatori (a. 294) e 9, 27, 3 di Graziano, Valentiniano e Teodosio (a. 383).

Delle altre Costituzioni noi ne troviamo quattro, di cui si ha la prova nelle fonti che la parola *pecunia* al plurale è derivata dai compilatori.

1. — C. 8, 11, 5 di Valentiano e Valente (a. 364):

« Intra urbem Romam [veterem et novam] nullus iudicum novum opus informet, quotiens serenitatis nostrae arbitria cessabunt [nisi ex suis pecuniis huiusmodi opus construere voluerit] ».

L'interpolazione trasparente per la forma è accertata dal confronto col Cod. Theod. 15, 1, 11, dove si legge: « aeternam » invece di « veterem et novam » e manca la proposizione finale « nisi... voluerit ».

2. — C. 8 11, 10 di Teodosio, Arcadio e Onorio (a. 394):

« Si qui iudices perfecto [*publicis pecuniis*] operi suum nomen sine nostri numinis mentione scripserint, maiestatis teneantur obnoxii ».

Nel Cod. Theod. 15, 1, 31 si legge: « si qui i. perfecto operi suum potius nomen quam nostrae perennitatis scripserint » *et rel.* (1).

(1) GRUPPE, *Zur Zatinität Justinians* nella *Z. S. S.*, XIV p. 234.

3. — C. 9, 28, un. di Teodosio, Arcadio e Onorio (a. 415): [« Iudices, qui tempore administrationis publicas *pecunias* subtraxerunt, lege Julia peculatus obnoxii sunt et capitali animadversioni eos subdi jubemus: his nihilo minus, qui ministerium eis ad hoc adhibuerunt vel qui subtracta ab his scientes susceperunt, eadem poena percellendis »].

Nota il Krüger *ad h. l.*: « Haec constitutio ex Th, 9, 28, 1, 2 ita composita est, ut inscriptio sumpta sit ex c. 1, subscriptio ex c. 2, utriusque contestus ne minima quidem pars non mutata sit ». Questa Costituzione fu dai compilatori riportata anche nelle Istituzioni 4, 18, 9.

4. — C. 9, 42, 2, 1: « Sin autem per deceptionem [*vel pecuniis*] a reo corruptus...., etc. ».

Nel C. Th. 9, 37, 1, mancano appunto le parole *vel pecuniis*.

Restano tre Costituzioni.

5. — 4, 32, 19 di Diocleziano e Massimiano (a. 293-305): « Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus usurarum legittimarum inhibeatur. — § 1. [In hoc casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit. — § 2. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et jus pignorum tollitur, cum serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem vel solutis *pecuniis* vel si per creditorem steterit quominus solvatur. — § 3. Quod etiam in traiecticiis servari oportet. — § 4. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum rerum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium, vel ipsos competente pecunias] ».

Che la mano dei compilatori abbia preso parte alla redazione della Costituzione è stato già riconosciuto pel § 1 dal Gradenwitz e pel § 4 dal Pacchioni (1), e nel § 4 appunto si trova l'uso di *pecunias*. Io credo però di potere affermare che, tranne il principio, tutto il resto deve attribuirsi ai compilatori. Si osservi: *a*) che il principio è rivolto alla seconda persona e poi illogicamente si cambia (*debitor*); *b*) che si tratta di un rescritto e si esorbita evidentemente dai termini della questione; *c*) nel § 1 si vedono *in hoc casu competens judex*; *d*) nel § 2 la frase *actio declarat* e l'assurdo di fare stabilire dall'*actio serviana* il principio *ut si per creditorem steterit quominus solvatur*, che fu inerpretazione giurisprudenziale; *e*) nel § 4 il contenuto anticlassico e la forma (*nisi*, ablativo assoluto, *actio contra pecunias*), già posti in luce dal Pacchioni.

6. — 5, 51, 3 di Antonino e Vitellio (a. 215): « Curator, qui post decretum praesidis, sublata pecunia, quae

---

(1) *I contratti a favore dei terzi*, p. 70 e seg.

ad comparationem possessionis fuerat deposita, praedium sibi comparavit, elige, utrum malis in emptione tibi negotium eum gessisse, an, quia in usus suos conversae *pecuniae* sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit».

Non si stenterà ad ammettere che la Costituzione sia stata modificata, se si consideri: *a*) il repentino mutamento di sintassi («Curator... elige... eum gessisse»), cosicchè è lecito pensare che dopo *comparavit* la Costituzione continuasse diversamente con un verbo retto dal nominativo *curator*, che ora resta campato in aria (1); *b*) il mutamento della *pecunia* precedente nel *pecuniae* successivo; *c*) la difficoltà derivante dalla menzione dell'*actio tutelae* a proposito di un *curator* (2); *d*) la interpolazione già dimostrata dall'Eisele di D. 26, 9, 2, con la quale si diede appunto l'*actio utilis ad rem vindicandam* in un caso, analogo a quello considerato nella Costituzione e creato apposta dai compilatori, i quali è probabile abbiano voluto richiamare la decisione data con la interpolazione del digesto (3).

7. — 4, 35, 7 di Gordiano:

«Si literas eius secutus, qui *pecuniae* (*del.* Mommsen) auctor fuerat, ei qui tibi litteras tradidit *pecunias* credidisti, tam adversus eum qui a te *mutuam* sumpsit (*sic P. R.*, *pecuniam insit C.*), quam adversus eum, cuius mandatum secutus es, mandati (*mandati del.* Krüger) actio tibi competit».

Dalle correzioni e note si rivela come il testo sia stato corrotto per opera degli amanuensi, con molta probabilità. Mi sembra però ovvia la correzione di *pecunias* in *pecuniam* di fronte al precedente *pecuniae* e specialmente al successivo *mutuam*.

Quanto alle Istituzioni noi troviamo la parola *pecunia* al plurale in III, 21 pr., che giustamente il Ferrini (4) attribuisce ai compilatori; in III, 26, 6 per il quale rimando alla nota 3 pag. 8; in IV, 6, 33 dove è d'uso classico (5); in IV, 7, 7 d'uso parimenti classico, come si rivela dal contesto, dove si pone un principio generale relativo a molte persone indeterminate ed in IV, 18, 9 che abbiamo già visto (6) essere di fattura giustinianea.

FLAMINIO MANCALEONI.

(1) In alcune edizioni si ha la lezione *si curator*, ecc., che accomoderebbe tutto, ma è contraddetta dai BAS.
(2) Vedasi ALIBRANDI, *Bullettino ist. dir. rom.*, II, p. 158.
(3) Vedi più diffusamente nel mio lavoro citato: *Contributo*, ecc., p. 6 e seg.
(4) *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniano* in *Rend. dell'istit. lomb.*, vol. XXIII, pag. 31.
(5) Vedi pag. 85 nota 10.
(6) Vedi sopra pag. 277, *ad c. un.*, G. 9, 28.

RECENSIONI.

Alfredo Minozzi. — *Studio sul danno non patrimoniale — Danno morale.* — Milano, Soc. Editrice Libraria, 1901.

Lessi questo libro con grande piacere. Come magistrato e come giurista mi schierai da tempo fra gli avversari del danno morale.

Anche di recente mi vi dichiarai contrario (*Le Controversie del lavoro*, pag. 93, Soc. Ed. Libr., 1900 *Relazione sui principii della Commissione per la riforma della proc. pen., Filangieri*). Si comprende quindi che cercai in questo libro argomentazioni in favore della mia opinione per giovarmene, o argomentazioni contro per confutarle.

Ma devo confessare che rimasi assai scosso nella mia convinzione dallo splendido studio dell'autore, il quale parmi che, a cagione di esso, salga senz'altro al grado dei migliori nostri giovani giuristi.

Ho ripensato a tutte le considerazioni da me e da altri esposte per la tesi dell'irrisarcibilità del danno morale, le ho messe in confronto con quelle del Minozzi, e mi sono persuaso che questi colla sua dotta, serrata, profonda, acutissima dimostrazione ha dato fondo a tutte le ragioni che stanno per la tesi della risarcibilità del danno morale, che da lui venne posta, come mai sino ad ora era avvenuto, nella sua vera situazione logica giuridica. Ha portato un prezioso, forse decisivo tributo al trionfo definitivo della risarcibilità.

Cosicchè, come osserva il chiaro autore, non potrà farsi che solo questione di limiti nell'applicazione del principio generale, non mai di esistenza giuridica del principio stesso; potrà dirsi che non ogni sensazione dolorosa dev'essere risarcita, ma basterà limitare nel campo del diritto la soverchia larghezza del concetto filosofico; ma da ciò a negare ogni ammissibilità giuridica al danno non patrimoniale, vi è tale un abisso che è superfluo far rilevare. Dunque la questione è solo di limiti, e per quanto sia pericoloso slargarli troppo, scrive l'A., per tanto non sarebbe meno dannoso restringerli al segno da lasciare fuori l'orbita del diritto ed abbandonare ad altre scienze sociali la disciplina ed il dominio di istituti, che, per la loro indiscutibile utilità, rispetto alla persona umana, debbono restare nel diritto, dal quale solo possono ricevere quella forza di coazione che loro è necessaria per servire ai fini umani. — *Lasciare fuori la sfera del diritto la teorica del risarcimento del danno non patrimoniale, significa lasciare indifeso tutto un lato della personalità umana,* scuotendo in tal modo la universale convinzione, che ritiene occupi il diritto il primo posto fra le scienze etiche sociali.

Parole d'oro, che vanno ricordate anche relativamente ad un'altra non meno grave questione e ad altri non meno importanti interessi: alludo alla funzione dei probi-viri, alla definizione delle controversie che sorgono fra padroni e operai, rimesse alla decisione di quei nuovi magistrati popolari, veri giudici del lavoro. — Quella funzione va esercitata alla stregua di principii giuridici? il punto di vista, il criterio dominante, è il giuridico o quello della equità esclusivamente?

Recentissime decisioni della giurìa dei probi viri milanesi danno valore di attualità alla questione gravissima, la quale però, a mio avviso, va risolta nel senso che debbono essere anche quelle controversie richiamate e contenute nella sfera del diritto. Ciò non porterà ad una sproporzione fra il giudizio e le esigenze particolari del mondo e dell'ambiente del lavoro; perchè non si tratta del diritto quiritario, ma del diritto che si adatta e si informa progressivamente ai nuovi bisogni e alle nuove tendenze sociali, di un vero diritto sociale (1).

Ridotta la questione del risarcimento del danno non patrimoniale a sem-

(1) Vedi *Mon. Trib.*, 1901, NN. 10-11. e sopratutto le acute osservazioni e la suggestiva decisione del prof. E. Porro.

plice questione di limiti, accresciuto con questa risarcibilità il valore concreto, economico della personalità morale dell'uomo, ciò nondimeno resterà il principio, che io appunto ricordo nelle pagine suindicate, che assai cauto deve essere l'apprezzamento del giudice, assai rigoroso il criterio di liquidazione di tali danni. Imperocchè si dovrà considerare che nel calcolare la somma destinata mediante i piaceri che può procurare il denaro, a compensare delle sofferenze morali, cagionate dal fatto dannoso, converrà tenere conto dei vantaggi che l'uomo moderno gode nella società progredita, indipendentemente dai suoi sforzi e meriti, pel solo fatto di vivere in questa società; il che per una necessità indeclinabile di giustizia distributiva porta che egli debba acconciarsi agli inconvenienti, ai pesi, che accompagnano la sua esistenza in siffatte condizioni di civiltà e di agiatezza.

Se, come osserva il valoroso Minozzi nella prefazione, il grado di probabilità dei danni in genere, cui l'uomo è oggi esposto, è enormemente aumentato rispetto al passato, e se oltre a ciò il più largo concetto dei diritti della personalità umana e l'alta considerazione di cui man mano si sono riconosciuti degni indistintamente tutti gli attributi ed i bisogni della medesima, hanno contribuito sempre più ad allargare il principio del diritto del risarcimento e ad esercitare la sua applicazione ad obbietti, che prima non erano compresi nella sfera della tutela giuridica, se infine la giurisprudenza rispecchiando lo spirito dei tempi, ogni giorno è chiamata ad ammettere e valutare nuovi elementi nel risarcimento del danno, non solo i beni materiali, ma tutta la persona umana coi suoi beni immateriali o morali, si è fatta avanti, reclamando tutela e protezione dalla legge, conviene, ripeto, tener conto del fatto ugualmente vero che di questa maggiore responsabilità dell'uomo moderno egli trova un corrispettivo, ripeto, nei vantaggi di cui fruisce nel civile consorzio, e la sua cresciuta personalità ha altri modi di essere rispettata e protetta, al di fuori della indennità pecuniaria, o la giurisprudenza agevola anche per altra via la tutela dei beni immateriali e morali. E si può dire che quanto più cresce di estensione e di autorità il principio della risarcibilità del danno non patrimoniale, tanto più esso diminuisce nei suoi effetti economici, e cioè si attenua l'indennità, che lo rappresenta; indennità, la quale spesse volte presso le stesse nazioni, dove più vivo è il sentimento della personalità umana, si riduce a somme economicamente irrisorie. Ed io penso che si debba attribuire a queste considerazioni il rigore rimproverato in generale ai giudici nella liquidazione dei danni morali. Rigore cagionato ancora da un'altra non meno importante considerazione, quella cioè che la determinazione del denaro satisfatorio, deve necessariamente, come ben dimostra il Minozzi, essere lasciata al potere discrezionale del giudice, il quale certamente, per la prudenza che gli è imposta dal suo ufficio, non può nè deve essere troppo largo in una materia tanto incerta, spesse volte imponderabile.

Quindi se la causa della risarcibilità del danno morale è vinta, e se la sua vittoria specialmente si dovrà al profondo studio del Minozzi, in ordine ai principii, sul terreno dei fatti potranno prendere ancora la rivincita gli avversari della risarcibilità per la scarsità dei risultati, che non possono essere maggiori, e che quindi scemamo sensibilmente l'importanza dell'istituto.

Ma ciò non toglie che il libro del Minozzi sia il miglior studio, come giustamente ha osservato un altro valoroso giovane giurista, Lodovico Barassi (*Mon. Trib.*, 1901, pag. 220), che la letteratura giuridica italiana possegga su questo argomento. Ma la perfezione, l'importanza e la modernità del lavoro vanno oltre la cerchia del tema, che ne è oggetto; se ne avvantaggia la trattazione generale della scienza giuridica moderna.

E va data lode all'editore, che ne seppe conoscere i pregi e prevedere gli effetti non tanto in ordine al tema per sè stesso, non di primaria importanza, quanto in ordine alla scienza in genere, non puramente speculativa e astratta, ma come illuminato e positivo contributo ai nuovi atteggiamenti che gli individui e le istituzioni vanno assumendo nel mondo contemporaneo e ai nuovi problemi che l'evoluzione sociale va giornalmente discoprendo e indicando.

Milano, marzo 1901.

CAMILLO CAVAGNARI.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

TORINO, 5 marzo 1901 — *Pres.* Marangoni — *Est.* De Giuli — *P. M.* Piroli = Calò-Carducci c. Piadeni.

1. *Se il preteso associato in partecipazione con un commerciante si ingerisce negli affari di lui, converrà concludere all'esistenza fra i due d'una società irregolare in nome collettivo* (1).

2. *L'art. 99 del codice di commercio in forza del quale, mancando l'atto scritto, ciascuno dei soci ha diritto di domandare lo scioglimento della società, è applicabile anche alla associazione in partecipazione* (2).

L'addebito che si muove col primo mezzo al pronunciato della Corte d'appello si vorrebbe sostanzialmente fondato ad una violazione degli art. 98 e 105 c. comm.

Si sostiene che il magistrato di merito avrebbe attribuito all'azienda delli Piadeni e Carducci il carattere di una società di fatto in nome collettivo, mentre di questa mancavano gli essenziali requisiti, riscontrandosi invece quelli di una vera associazione in partecipazione, o meglio di quella forma dell'associazione in partecipazione che è il conto sociale, o il conto a metà: di quel contratto cioè, per cui due commercianti si dànno vicendevolmente incarico di fare determinate operazioni per conto comune, di guisa che l'uno essendo per così dire il mandatario dell'altro, fra di loro tuttavia esiste un vincolo sociale, facendosi rispettivamente operazioni all'intento di dividere il guadagno a metà, quantunque di tale vincolo il pubblico non abbia legale notizia.

Incontestabilmente il ricorrente con tale ragionamento viene a riproporre in questa sede il punto principale di questione sollevata in giudizio di merito sui caratteri del contratto verbale intervenuto fra Piadeni e Carducci.

Senonchè la Corte regolatrice non è chiamata ad interpretare contratti, sia pure per attribuire ad essi un carattere giuridico, quando una simile interpretazione necessariamente dovrebbe trarsi dai vari elementi di fatto, pei quali si appalesa l'intenzione dei contraenti.

L'emettere apprezzamenti in proposito non è proprio dell'istituto della Cassazione.

La Corte d'appello, per verità, mancando l'atto scritto, secondo il precetto dell'articolo 238 c. comm., a porre in essere, come vorrebbe il Carducci, l'associazione in partecipazione, onde definire il carattere dell'azienda costituitasi dalli Piadeni e Carducci, pose in fatto varie circostanze, per le quali dedusse che, sia nei rapporti fra essi due contraenti, sia, e più specialmente, nei loro rapporti coi terzi, manifestavasi la figura giuridica di una società di fatto in nome collettivo.

Ben da ciò si scorge come il Supremo Collegio, per contraddire la tesi propugnata dalla Corte di merito, dovrebbe scendere all'esame di tali circostanze di fatto, comechè da esse soltanto, mancando l'atto scritto, è possibile trarre argomento per stabilire la natura dell'azienda istituita dalle parti contraenti.

Nota tuttavia ad abbondanza questa Corte che essenzialmente il giudice del merito, ad eliminare il carattere di associazione in partecipazione per assurgere a quello di società

(1-2) Cons. in arg. Cass. Napoli, 9 giugno 1900, A. Venezia, 21 maggio 1890, A. Genova, 5 marzo 1888, Cass. Torino 17 agosto 1886, A. Catania, 6 marzo 1885, tutte in *Filangieri*, 1900, 856; 1890, 2, 352; 1888; 2, 441; 1886, 2, 757; 1885, 2, 466. — Il PAGANI, nella *Encicl. giur.* (v. *Associazione in partecipazione*, p. 1080) reputa inapplicabile alla partecipazione lo scioglimento pel motivo indicato dall'art. 99 c. comm., giacchè la partecipazione è occulta e se può esser resa pubblica per volontà degli associati, pur conservando sempre il suo carattere giuridico di tacita, non è mai tenuta ad osservare le prescrizioni portate dagli art. 87 segg. cod. comm.

collettiva, fece assegnamento sul fatto che, per le lettere prodotte dal Piadeni, risultava che il Carducci firmava anch'egli la corrispondenza coi terzi, quale uno dei rappresentanti della Ditta; e che in ciò uopo è il riconoscere come si appalesi quel carattere che dagli art. 105 e 106 c. comm. è impresso alle società in nome collettivo, e non altrimenti quello che per l'associazione in partecipazione è stereotipato nell'art. 235 stesso codice.

Il ricorrente col primo mezzo investe la sentenza anche per altra considerazione, quella cioè che la Corte d'appello sia incorsa in un errore di diritto, quando, discendendo ad un esame sotto altro punto di vista della controversia, disse che la disposizione dell'art. 99 c. comm., in quanto riflette lo scioglimento di una società di fatto, era applicabile alle associazioni in partecipazione.

Quando pure il principio posto dalla Corte di merito non fosse giuridicamente esatto, la sentenza non sarebbe annullabile, sostenendosi il giudicato per la prima parte di esso, in cui, essendosi ritenuta la figura di una società di fatto, e negata quella di una associazione in partecipazione, non può esser dubbio intorno all'applicabilità dell'art. 99.

Senonchè, la proposizione della Corte d'appello non merita punto le censure mossele nel ricorso.

Invero, è oramai accettato in giurisprudenza che per il modo con cui è concepito l'art. 238 c. comm. lo scritto non è ivi richiesto *ad substantiam*, ma *ad probationem tantum*; l'associazione cioè non è nulla per ciò solo che manchi lo scritto.

La mancanza dello scritto non può creare nei soci il diritto di provare le modalità con cui siasi convenuta l'associazione, ma non può impedire loro di porre in essere *il fatto* dell'associazione, onde trarre tutte quelle conseguenze giuridiche che sono costituite da quei diritti e da quelle obbligazioni che l'associazione di fatto ha creato fra gli associati.

È perciò ammessa la prova dell'esistenza di una associazione in partecipazione *di fatto* nella stessa guisa che è acconsentita per le società in nome collettivo *di fatto*.

Ciò posto, devesi pur ritenere che il legislatore commerciale, abbracciando in unico titolo (IX) del codice le società e le associazioni commerciali, abbia ad ambidue questi istituti voluto imprimere caratteri comuni; ed è tanto ciò vero che nello stesso art. 238 sente il legislatore il bisogno di dire che l'associazione in partecipazione va esente dalle formalità stabilite per le società, appunto per impedire che si ritenga estendersi a quella, quanto in ordine alle formalità è prescritto a riguardo di queste.

Il che d'altro canto spiega come siasi voluto limitare alle sole formalità l'esclusione per le associazioni in partecipazione di quanto è dettato a riguardo delle società. Le norme che riflettono queste, in ciò che riesce applicabile, non è quindi a dirsi siano precluse per l'istituto delle associazioni.

Epperò, data l'esistenza di una associazione in partecipazione *di fatto*, per la quale mancano appunto quelle formalità che pur fanno difetto nelle società *di fatto*, l'analogia d'applicazione (e lo insegna l'art. 1 c. comm.) vuolsi dapprima ricercare nella stessa legge commerciale che dell'analogia porge il mezzo, e non ricercarla altrove.

Tanto più ciò deve dirsi in quanto qui esiste l'*eadem ratio* per operare identica applicazione, dacchè sarebbe incivile che si accordasse ad associati in partecipazione, non costituiti regolarmente secondo il precetto della legge, ma tali solo *di fatto*, di veder per essi sanzionate le garanzie maggiori che in caso di scioglimento di società civile creano gli art. 1733 e 1734 c. c., mentre i soci collettivi *di fatto* dovrebbero sottostare alle norme dell'art. 99 c. comm.

—

FIRENZE, 24 gennaio 1901 — *Pres.* Massari *Est.* Morella = Lobba c. Faccin.

1. ***La seduzione di donna minorenne, mediante promessa di matrimonio, obbliga l'autore al risarcimento dei danni*** (1).

2. ***È giudizio incensurabile quello del magistrato di merito circa la liquidazione dei danni*** (2).

Francesco Faccin, quale padre legittimo rappresentante della figlia Adele, nata a Dueville il 10 febbraio 1879, con atto di citazione 18 ottobre 1898 convenne in giudizio dinanzi al tribunale di Vicenza, Lodovico Lobba di anni 34, perchè questi fosse condannato al pagamento di L. 10,000, in risarcimento dei danni materiali e morali da lui cagionati alla detta Adele Faccin, per averla sedotta nel 1897 con promesse di matrimonio, e resa madre di un bambino, nato il 23 aprile 1898.

---

(1) La sentenza confermata 23 febbraio 1900 della Corte d'appello di Venezia si legge in *Filangieri*, 1900, 536. In arg. cons. pure, da ultimo, A. Torino. 26 giugno 1900, in questo periodico, 1900, 773.

(2) Può dirsi giurisprudenza costante, e in ogni modo la decisione è correttissima. Cfr. da ultimo il bel lavoro del MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale* (Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901), p. 209, § 28.

Avendo il convenuto Lobba chiesto il rigetto di tale domanda, perchè, a suo dire, egli aveva avuto relazione intima colla Faccin, ma soltanto quattro mesi prima del parto, il tribunale adìto, sull'accordo delle parti litiganti, le ammise a provare le loro rispettive deduzioni con interrogatori e per mezzo di testimoni.

Esaurite siffatte prove, quel tribunale con sentenza 20 luglio 1899 rigettò interamente la domanda dell'attore; ma, avendo costui appellato, la Corte di Venezia con sentenza 16 febb. 1900 condannò l'appellato Lobba a pagare alla Faccin L. 2400 per danni morali e materiali, derivanti dall'essere stata da lui sedotta nel 1897 e resa incinta.

Contro tale sentenza della Corte di Venezia il Lobba ha interposto il ricorso per cassazione, deducendo parecchi mezzi di annullamento.

Non è fondato il I mezzo, col quale il ricorrente sostiene che la Corte di Venezia abbia violato l'art. 1151 del cod. civ., ritenendo che a costituire la seduzione come causa di risarcimento di danni basti la conquista sessuale di una donna di età minore, fisicamente vergine, anche se sia corrotta e depravata.

E di vero, quella Corte, giudicando sull'appello prodotto dal padre dell'Adele Faccin, cominciò col proporsi, come doveva, il quesito, se la seduzione per mezzo di promessa di matrimonio dia alla donna sedotta *il diritto* al risarcimento dei danni, e quindi dichiarò di uniformarsi alla giurisprudenza, ormai pacifica, la quale ritiene che non possa negarsi tale diritto, anche dato il caso che la donna sedotta sia maggiorenne. E così dicendo quella Corte bene si appose; imperocchè, come questo Supremo Collegio giudicò non è guari, in conformità della giurisprudenza, non già pacifica, ma certo prevalente, se, giusta l'art. 1151 c. c., qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire i danni, qualora sia stabilita con testimoni od altre prove una vera e propria seduzione per mezzo di serie e ripetute promesse di matrimonio, non si può negare alla donna sedotta il risarcimento dei danni dalla seduzione derivanti, in ispecie se la sedotta sia di età minore, costituendo certamente la seduzione commessa nel modo indicato un fatto colposo, se non doloso, per parte del seduttore, e quindi tale da produrre a favore della donna sedotta il diritto al detto risarcimento. Nè vale opporre in contrario che all'azione della donna sedotta, per ottenere il risarcimento dei danni, ostino le disposizioni contenute negli art. 189 e 54 c. c., perchè l'art. 189 vieta le indagini sulla paternità, e non può quindi applicarsi alla detta azione, la quale ha uno scopo ben diverso da quelle indagini, essendo anche possibile che dalla seduzione non sia derivata la gravidanza, o che la donna sedotta abbia abortito, ovvero che abbia perduto il figlio procreato col seduttore; e perchè l'art. 54 concerne l'inadempimento di una formale promessa di matrimonio senza giusto motivo, e non riguarda nè presuppone il caso della seduzione della fidanzata con promesse di matrimonio. Nè vale opporre altresì che « nemo de improbitate sua consequitur actionem », perchè la donna sedotta non chiede il risarcimento dei danni per l'inadempimento di una obbligazione, e quindi non esercita un'azione *ex contractu,* ma bensì un'azione derivante da un fatto colposo del seduttore, e conseguentemente da un quasi-delitto. Nè infine giova osservare in contrario che « volenti et consentienti non fit iniuria », e che essendo reciproche le colpe del seduttore e della sedotta, si debbano compensare; poichè, stabilita in fatto una vera e propria seduzione per mezzo di serie e ripetute promesse di matrimonio, non può dirsi che il consenso della sedotta sia pienamente libero e spontaneo, nè può negarsi che la seduzione costituisca per il seduttore un grave fatto colposo, se non doloso, sia per il fine al quale fu diretto, sia per il mezzo adoperato, e che quindi la colpa di lui certamente grave non possa compensarsi con quella della sedotta, colpa leggerissima derivante da imprudenza o da imprevidenza prodotte dalle male arti del seduttore.

Risoluto, pertanto, affermativamente il quesito suddetto, la Corte di Venezia dichiarò, in primo luogo, che si doveva escludere che la Faccin fosse disonesta e depravata, ed in secondo luogo, che si era pienamente raggiunta la prova della seduzione da lei lamentata, avvenuta per mezzo di promesse di matrimonio. Trattasi quindi di apprezzamenti che sfuggono all'esame di questo Supremo Collegio, perchè dipendono dalla valutazione di molteplici circostanze di fatto e degli atti della causa, valutazione che la legge affida esclusivamente ai magistrati di merito.

Neppure è fondato il II mezzo, col quale il ricorrente rimprovera alla Corte di Venezia di avere nuovamente violato l'articolo 1151 c. c., ritenendo che a costituire la seduzione basti una promessa qualsiasi, la più vaga, la più indeterminata, anche quella fatta « aestuante libidine », e di essere altresì incorsa nel vizio di contraddizione nei motivi, equivalente a difetto di motivazione.

Difatti non regge la prima censura, per-

chè la Corte di merito con apprezzamento incensurabile in questa sede ritenne che da parte del Lobba vi fosse stata promessa di matrimonio e che tale promessa fosse stata tale da far credere alla Faccin ch'egli veramente volesse sposarla. Nè regge la seconda censura, perchè non è punto esatto quanto il ricorrente afferma che, cioè, la Corte di merito siasi contraddetta, ritenendo prima che a costituire la seduzione occorra che le promesse di matrimonio sieno serie e tali da far credere alla donna sedotta che il seduttore voglia sposarla, e poi che basti invece una promessa qualsiasi; poichè ciò non disse la Corte di merito, ma soltanto che a costituire la seduzione non occorre una promessa formale, secondo l'azione della sedotta, non già contrattuale, ma fondata sopra un delitto od un quasi-delitto.

È privo di fondamento giuridico è il quinto ed ultimo mezzo, col quale il ricorrente sostiene che la Corte di Venezia abbia violato nuovamente l'art. 1151 c. c. in rapporto al concetto ed al criterio dei danni di seduzione, ritenendo che alla Faccin spettassero non solo i danni-interessi per la seduzione, ma anche una vera e propria dote, contrariamente al citato articolo, il quale non commina tale penalità; ed a rafforzare tale censura il ricorrente con un'aggiunta al ricorso ha esibito il 2 genn. corrente due documenti, per dimostrare che la Faccin il 4 dic. ultimo contrasse matrimonio con un tal Giuseppe Barbieri.

Senonchè di tali documenti, come ha chiesto la parte controricorrente, questo Supremo Collegio non può tenere alcun conto, perchè trattasi di documenti esibiti dopo il termine prescritto dall'art. 526 c. p. c.; nè la Corte ha violato l'art. 1151 c. c., come egli vorrebbe far credere, perchè, valutati i danni materiali in L. 200, liquidò quelli morali in L. 2000. È bensì vero che per fare tale liquidazione di danni morali, la quale è rimessa al prudente arbitrio del magistrato, la Corte di merito seguì un criterio che vigeva un tempo e che risale al diritto canonico, il criterio della dote; ma è vero altresì che quella Corte, pur seguendo tale criterio, intese in sostanza di stabilire « ex bono et aequo » l'ammontare dei danni morali, ed il suo giudizio quindi non può essere sindacato da questo Supremo Collegio.

P. q. m., rigetta.

—

ROMA, 5 gennaio 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Natale = Brandola ed altri c. Mevi, Banca Romana in liquidazione ed altri.

1. *La separazione del patrimonio del defunto non profitta ai creditori che non l'abbiano domandata* (1).

2. *Essa produce i suoi effetti anche quando non si presenti alcuno dei creditori dell'erede* (2).

Riconosciuto innanzi tutto che il ricorso fu regolarmente prodotto con unico atto e con unico deposito, dai creditori che hanno il comune interesse di sostenere le medesime tesi di diritto e di combattere con eguale difesa la collocazione ipotecaria di Mevi-Ridolfi, ai sensi degli art. 500 e 521 c. p. c.; questo Supremo Collegio non crede di soffermarsi all'eccezione d'inammissibilità del ricorso medesimo, e passa senz'altro all'esame della quistione di merito, che tutta si riduce a vedere se la preferenza data dalla legge ai creditori separatisti abbia luogo contro i creditori non separatisti, anche nei casi di eredità beneficiata e d'inesistenza, o difetto di concorso, di creditori personali dell'erede.

Per evitare la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede furono introdotti, fin dagli antichi tempi, due istituti giuridici, tra loro affini, ma diversi nello scopo e nelle conseguenze. Uno è l'accettazione della eredità col benefizio d'inventario, che può essere invocato solamente dall'erede, e può giovare anche ai suoi creditori personali, fino a che lo stesso erede non lo faccia cessare, ai termini degli art. 973 e 974 c. c. L'altro è la domanda di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, che può essere invocata da creditori e legatari del defunto, i quali non vogliono seguire la fede dell'erede, e può giovare solamente a quelli che ne fecero domanda, ai termini degli art. 2055 e 2063 c. c.

Fu disputato, sotto l'impero del codice francese e degli altri codici che su quello si modellarono, se l'accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario bastasse, o pur no, a dispensare dall'iscrizione del benefizio di separazione dei patrimoni, e se la domanda del benefizio della separazione inoltrata da taluni degli interessati giovi, o no, agli altri; ma il codice civile italiano stabilì la negativa, secondo la relazione Vacca,

(1-2) Sulla questione generale degli effetti della separazione dei patrimoni in rapporto ai creditori non-separatisti, cfr. da ultimo, Cass. Palermo, 17 marzo 1896, in questo *Filangieri*, 1897, 371 colla nota.

Riguardo alla condizione dei non separatisti di fronte all'eredità beneficiata, cfr. pure A. Catania, 9 aprile 1900 (*Filangieri*, 1900, 453), col richiamo. Rispetto all'eredità giacente, v., in senso difforme, A. Casale, 22 marzo 1898 (*Filangieri*, 1898, 857), colla nota.

non contradetta dalla relazione Pisanelli. Si dichiarò infatti con l'art. 2058 che il benefizio dell'inventario accordato all'erede non dispensa dalla domanda di separazione, che devono fare i creditori del defunto. Ciò vuol dire che al solo erede beneficiato basta l'inventario per non esser tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti, e per evitare la confusione dei suoi propri beni con quelli della eredità, contro la quale può far valere ogni sua particolare ragione di credito (art. 968 c. c.). Ma non vuol dire che i creditori del defunto possano fare a meno di domandare la separazione dei patrimoni, sol perchè l'art. 1971 c. c. inibisce le ipoteche giudiziali sui beni dell'eredità beneficiata. Si dichiarò inoltre con l'art. 2063 che la separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata, e non altera fra di essi, che l'hanno domandata, l'originaria condizione giuridica dei rispettivi titoli e diritti di poziorità riguardo ai beni del defunto. Ora, comunque voglia vessarsi questa chiara disposizione di legge, non si può mai arrivare fino al punto di pareggiare i creditori che fecero la domanda di separazione a quelli che non la fecero, e di estendere gli effetti di tale domanda individuale anche a quei creditori che non si fecero vivi, nè con la domanda pei mobili, nè con la specificazione dei crediti e dei beni per l'iscrizione sugli immobili, ai sensi degli art. 2059, 2060, 2065 c. c. I creditori che furono diligenti a proporre la domanda o ad iscrivere non rappresentavano per tacito mandato i creditori negligenti; e questi ben sapevano che niuna disposizione di legge estendeva gli effetti del benefizio della separazione anche a coloro che non li avevano invocati in tempo utile. È vano il sofisticare sulla natura della *preferenza* che l'art. 2055 c. c. accorda ai creditori del defunto iscritti in separazione. Quando l'art. 2055 ha dichiarato che tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione dei patrimoni, con ciò ha nettamente stabilito che quella preferenza è un vero diritto reale, pareggiato alla ipoteca, secondo il disposto dell'articolo 1964 c. c.

Ed è anche vano il soffermarsi al solo articolo 2055 per indurne che la preferenza spetta soltanto nel caso che vi sieno e concorrano creditori dell'erede, non già nel caso che codesti creditori manchino o non concorrano; imperocchè per gli art. 2063 e 2064 il benefizio della separazione opera sempre, ed incondizionatamente, sui beni del defunto, a vantaggio dei creditori che l'hanno domandato contro l'erede; il quale, oltre alla personalità tutta propria, rappresenta pure i suoi creditori particolari, se ve ne sono, e solo può impedire o far cessare gli effetti di quel benefizio col pagamento e con la cauzione.

Dai succennati principî di diritto non si discostava la impugnata sentenza, motivando anche per le assurde conseguenze dei diversi contributi, la regolarità della collocazione del creditore iscrivente Mevi-Ridolfi, inopportunamente combattuta nei diversi gradi di giurisdizione.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

ROMA, 4 gennaio 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Penserini — *P. M.* Carlucci = Cialente c. Buonfiglio.

Il marito non può, a sensi dell'art. 163 c. c., disconoscere il figlio concepito dalla moglie nel periodo di tempo in detto articolo indicato, quando i coniugi abbiano riannodate anche solo momentaneamente le loro relazioni (1).

L'art. 163 del cod. civ., stabilendo una presunzione di illegittimità della prole concepita nelle condizioni ivi determinate, ha per suo fondamento lo stato di separazione legale del marito dalla moglie: e poichè il ristabilirsi della coabitazione dei coniugi è prova manifesta della loro riconciliazione, così l'art. 157 detto codice fa cessare *ipso iure* gli effetti e lo stato di separazione personale col fatto della coabitazione. Dal che segue che a far cadere la presunzione *iuris tantum* dell'art. 163 non può esigersi la coabitazione dei coniugi, la quale fa venir meno l'ipotesi dello stesso articolo, rientrandosi in quella dell'art. 159. Basta invece a far cadere detta presunzione ed a ristabilire quella di legittimità, la prova della possibilità che il marito sia padre, che cioè all'epoca del concepimento sieno state anche solo momentaneamente ristabilite le relazioni tra i coniugi, siccome ebbe ad opinare il commissario Cadorna, la cui opinione determinò la Commissione ad adottare in massima il

(1) È prevalente, così nella dottrina come nella giurisprudenza, il concetto che il marito, il quale rifiuta di riconoscere il figlio nato in costanza di matrimonio, debba dimostrare l'impossibilità fisica di coabitare colla moglie in modo talmente assoluto da non potersi ragionevolmente supporre che un ravvicinamento qualsiasi abbia potuto aver luogo fra i coniugi infra il 300.° e il 180.° giorno prima della nascita del figlio. Cfr. BIANCHI, *Corso elem. di dir. civ.*, III, p. 65. — LEONI, *Della filiazione*, pag. 227. — A. Milano, 14 settembre 1888 in *Filangieri*, 1888, 2, 644.

istema della legge francese 6 dic. 1850. Onde la riunione temporanea non deve confondersi con la riconciliazione dei coniugi, consistendo invece nel fatto, anche momentaneo, avvenuto in tali circostanze da rendere possibile l'atto generativo.

Nella specie la Corte di Aquila con la sentenza 13 dic. 1898 con incensurabile apprezzamento delle prove raccolte, ritenne in fatto avveratasi la temporanea riunione fra coniugi, tanto che si convinse che il marito fu realmente genitore del bambino Gioele Giuseppe, eliminando, a riprova di ciò, la possibilità in concreto che lo fosse d'altro uomo.

P. q. m., rigetta.

—

TORINO, 27 dicembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* De Amicis — *P. M.* Cavalli = Garbarino c. Novelli.

1. ***Anche i decreti della Commissione pel gratuito patrocinio devono essere motivati a pena di nullità*** (1).

2. ***È nullo per difetto di motivazione il decreto della Commissione che respinge un ricorso per l'ammissione al gratuito patrocinio in un giudizio d'appello, limitandosi ad osservare che le motivazioni della sentenza appellanda*** **lasciano molto a dubitare sul felice esito delle istanze del ricorrente** (2).

Ben a ragione l'odierna ricorrente Maria Novelli in Garbarino chiede l'annullamento del decreto della Commissione dei poveri presso la Corte di Casale, in data del 26 giugno 1900, nella parte in cui venne rigettata la sua istanza per essere ammessa al beneficio della gratuita clientela onde appellare dalla sentenza 16 marzo 1900 del tribunale di Casale, per violazione degli articoli di legge citati in epigrafe di questo mezzo.

E di vero, è manifesto che la Commissione del gratuito patrocinio coll'avere semplicemente detto, per respingere l'ammissione per le altre domande, che i motivi addotti dal tribunale lasciavano molto a dubitare sul felice esito delle istanze che voleva proporre, non ha certamente soddisfatto al precetto della motivazione. Dappoichè un dubbio, sia pure grave, sull'esito della causa, non è certamente sufficiente per sè solo ad esprimere i motivi di un rigetto della domanda per l'ammissione al gratuito patrocinio, quando non si indicano le ragioni di un tale dubbio; perchè onde esservi ammesso non si richiede già l'assoluta certezza dell'esito felice della causa; ma basta la sola probabilità, il solo *fumus boni iuris*, che importa per necessità delle cose il dubbio.

Ond'è che la giurisprudenza di questa Corte Suprema è costante nel ritenere che i decreti delle Commissioni pel gratuito patrocinio, specialmente quando rigettano le domande, debbono, a pena di nullità, essere motivati; e che non costituiscono in tali casi sufficiente motivazione le solite generiche frasi, che la causa non presenta probabilità di esito favorevole, che la domanda non appare fondata, che il ricorso è inattendibile e simili; ma che è necessario declinare, sia pure sommariamente, le ragioni tratte dalla causa a sostegno del ricorso.

Ora è chiaro che l'unico motivo sopra riferito addotto dall'impugnato decreto, si risolve in sostanza in una semplice affermazione, e l'affermare non è motivare. Infatti non spiega punto le ragioni per cui i motivi della sentenza del tribunale continuino a serbare una prevalenza a fronte di tutte le opposizioni della ricorrente. E non vale quanto il controricorrente osserva, che consta come la Commissione abbia esaminata tutta la sentenza del tribunale e tutto il ricorso della Garbarino, perchè in parte trovò questo plausibile e nel resto no, e quindi vi è una motivazione complessiva e per così dire differenziale; dappoichè è manifesto come non basti che la Commissione abbia esaminato tutta la sentenza del tribunale e tutto il ricorso che le vennero sottoposti; ma occorreva altresì che, dopo avere esposte in modo sufficiente le ragioni per cui in parte lo ritenne ammissibile, esprimesse succintamente i motivi per cui riteneva di non ammetterlo nelle altre parti. E ciò era tanto più necessario nel caso concreto in cui la ricorrente, a togliere di mezzo la ragione addotta nella sentenza del tribunale, che cioè non si erano presentati in causa gli istrumenti sui quali i periti parziali Bertana e Guenzi si erano basati per dire inferiore al vero la stima dei fondi, la Garbarino si era data cura di presentare i suddetti istrumenti a corredo ed in appoggio del suo ricorso, come da questo risulta.

Ebbene la Commissione non solo non disse di avere preso in esame tali nuovi documenti, dei quali era indispensabile che si occupasse, inquantochè tendevano a dirimere la principale eccezione del tribunale riguardante l'attendibilità della perizia parziale Bertana e Guenzi; ma non ne disse neppure una parola, e quindi non consta nemmeno che li abbia veduti.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

(1-2) Cfr. da ultimo stessa Corte, 10 agosto 1899 in *Filangieri*, 1899, 797, col richiamo.

PALERMO, 20 dicembre 1900 — *Pres.* Majelli — *Est.* Adragna — *P. M.* Gionfrida = Agrillo c. Meliadò.

La parte ammessa alla gratuita clientela nel cui interesse sia stato assunto un esame testimoniale, di poi annullato per colpa del procuratore, ha diritto di rinnovare l'esame stesso a debito qualora il procuratore non si presti a sostenerne le spese (1).

Il ricorso attuale non ha alcuna base giuridica per reggersi.

Si pretende, infatti, col I mezzo che, dichiarata nulla la prova testimoniale raccolta dalla signora Meliadò, ed ordinatane la ripetizione a spese del procuratore di essa, non poteva ad essa procedersi in carta libera quantunque ammessa la Meliadò al beneficio del gratuito patrocinio.

Ma basta annunziare la strana pretesa per andare convinti della sua insussistenza, quando con quel sistema verrebbe a togliersi il beneficio di legge alla parte, sol perchè il di lei procuratore fu condannato a ripetere la prova a sua spesa, il che porta alla conseguenza che se muore il procuratore, o se non vuole pagare le spese, la parte povera sarà costretta ad abbandonare il giudizio, se attrice, o vedersi condannare in contumacia, se convenuta, non potendo sovvenire alle spese di carta da bollo e ciò sol perchè era stato condannato il procuratore a farle. Sarà ragione per procedere contro il procuratore per pagare quelle spese, ma non è giuridico che la parte ammessa al beneficio lo debba perdere, come se la condanna del procuratore importasse revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio. Ben disse quindi il magistrato del merito che il giudice non potrà desistere dal pronunciare solo perchè il procuratore non ha fatto le spese.

—

NAPOLI, 10 dicembre 1900 — *Pres.* Antonucci — *Est.* Cianci = Loffreda c. Fongh.

Ben possono essere invocate le leggi romane per stabilire la extracommercialità di un sepolcro (2).

Con il I e II motivo si chiede l'annullamento dell'oppugnata sentenza, per aver violato il principio « tantum iudicatum quantum disputatum », dichiarando che la deliberazione del tribunale che autorizzava la vendita si opponeva alla incommerciabilità delle cappelle mortuarie, mentre il giudizio non riguardava la nullità della vendita, e per avere attinto i suoi criteri alle fonti del diritto romano più che alle leggi positive vigenti. Se non che le invocate disposizioni del codice civile e di diritto giudiziario non furono punto sconosciute dalla Corte d'appello, se pongasi mente che essa, pur affermando che l'azione sperimentata dalla Fongh non riguardava la nullità del contratto di vendita della cappella, esaminò invece se in questa fossero state intangibili le sepolture, giusta il patto consacrato nel rogito 28 agosto 1896. Opportunamente quindi la sentenza ricordò il principio « deorum manium iura sancta sunt » e la legge 2 e 3 C. *de religiosis* e le altre leggi, per le quali i sepolcri nel diritto romano erano annoverati fra le cose « divini iuris » e come « res sacrae et religiosae » erano inalienabili.

Vero egli è che l'istituto delle « res religiosae » non è regolato dalla vigente legislazione, ma ciò non toglie l'applicabilità dell'art. 3 delle preleggi al c. c. che permette ricorrersi ai principî generali del diritto laddove una controversia non possa risolversi con una precisa disposizione di legge e con altre disposizioni, le quali regolano casi simili o materie analoghe.

Anche le leggi napoletane, in riguardo ai sepolcri, racchiudenti le salme degli estinti, mantenevano lo stesso silenzio del codice vigente; ma l'art. 1 r. d. 21 maggio 1819 dichiarò che le *res religiosae* erano regolate dal diritto romano.

Posto ciò, se nessuna disposizione esiste che oggidì governi testualmente i diritti attinenti a siffatta materia, ben si può dire, per argomento dell'art. 5 disp. prel. c. c., che in difetto di legge, la quale su questo punto abbia derogato alle leggi romane, possono queste bene invocarsi a risolvere una controversia che altrimenti non potrebbesi decidere con i criteri stabiliti nell'art. 3 citate disp. prel. c. c. I principî adunque da cui è dominata la *ratio decidendi* della sentenza in riguardo alla intangibilità ed extracommercialità dei sepolcri, nei quali erano le ossa degli estinti, sono consentanei alla tradizione giuridica ed allo spirito che anima tutte le legislazioni dei popoli civili, onde sono incriminabili non solo gl'insulti ai cadaveri, ma anche le violazioni di tombe e sepolcri.

Sì che la Corte d'appello non cadde nelle censure contenute nel I e II motivo del ricorso, in riguardo alla dedotta *ultra petitione*, extrapetizione o contrarietà di disposizioni e motivazione della sentenza ed in quanto

(1) La sentenza fu resa sulle contrarie del P. M.; ma davvero non riusciamo a comprendere come si potesse sostenere una soluzione diversa.

(2) Sulla commerciabilità del sepolcro, v. da ultimo Cass. Torino, 5 aprile 1895, in *Filangieri*, 1895, 2, 674.

concernono le altre violazioni del codice civile e penale.

P. q. m., rigetta, ecc.

TORINO, 7 dicembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Zamboni — *P. M.* Cavalli = Gulikers c. Pellegrini.

1. *È* redibitoria *l'azione quando il venditore consegnò bensì cosa conforme, nelle* qualità sostanziali, *a quella convenuta, sebbene nelle qualità accessorie diversa in modo da presentarsi meno rispondente allo scopo cui è destinata; è* ex contractu *quando il debitore consegnò invece cosa nelle qualità sostanziali non conforme a quella convenuta* (1).

2. *Anche il discredito prodotto all'azienda del compratore dalla vendita di merci difettose può rientrare nei* danni prevedibili *di cui all'art. 1228 c. c.*

Nel gennaio del 1896 Angelo Pellegrini acquistava dalla ditta Vittore Gulikers Maquinay una partita di fucili del complessivo valore di L. 9000, e successivamente con atto 11 giugno 1896 affermando che nella prova fatta sopra tre dei fucili in occasione di vendita, tutti tre scoppiarono nella canna e nello scoppio di uno venne ferito gravemente il proprio figlio minorenne, citava l'accennata Ditta avanti il tribunale di Milano per sentirsi dichiarare: « Essere imputabile alla convenuta il fatto dello scoppio dei fucili, e dovere ritirare i fucili che ancora si trovano presso di esso Pellegrini, dietro restituzione del prezzo già pagato; e dovere inoltre la convenuta rifondere al Pellegrini i danni a questo derivati pel detto fatto, compreso un risarcimento anche per la lesione alla mano del figlio Emilio ».

Avanti al tribunale la ditta Gulikers eccepiva che trattandosi di azione redibitoria il Pellegrini non si era uniformato agli articoli 70, 71 c. comm., e chiedeva il rigetto delle domande; l'attore sosteneva di avere spiegata un'azione *ex contractu* e chiedeva una prova testimoniale per accertare i fatti posti a base delle sue istanze.

Ed il tribunale ritenendo trattarsi d'azione redibitoria e che le conseguenze personali dello scoppio erano fuori della responsabilità della Ditta convenuta, assolveva la ditta Gulikers Maquinay dalle domande dell'attore, colla di lui condanna nelle spese.

Il Pellegrini appellava, ed avanti alla Corte di Milano senza riproporre la domanda di risoluzione del contratto, chiedeva la riforma di detta sentenza, insistendo nelle domande già spiegate riguardo ai danni, chiedendo inoltre una perizia sui fucili a mezzo di un armaiuolo. La ditta Gulikers chiedeva la conferma della sentenza appellata.

E la Corte, con sentenza 20 aprile 1898, osservando che ove pure l'appellazione potesse trovare appoggio, nel senso che non si tratti di vizi e difetti della merce a termini dell'art. 70 c. comm., ma di differenza nella sostanza e qualità della merce stessa, sicchè possa competere al Pellegrini l'azione di nullità *ex contractu*, la causa però non era a sufficienza istrutta, e rilevando che una maggiore istruzione potrebbe fornire elementi utili per riconoscere se si tratti di vizi redibitori od altrimenti, ed occorreva che l'attore meglio chiarisse i particolari dei contratti d'acquisto di armi stipulati coll'accennata Ditta, e meglio concretasse le sue domande, sembrando che ora l'àmbito della causa fosse ristretto alla questione dei danni, chiesti con maggior estensione, per queste ragioni senza pregiudizio relativamente a ciascuno dei punti di questione, sospendendo di pronunciare sulla interposta appellazione, ordinava una migliore istruttoria rimettendo le parti a fornire i chiesti schiarimenti e ponendo le spese a carico del Pellegrini.

Riassunta la causa il Pellegrini concludeva: venisse dichiarato essere imputabile alla ditta Gulikers il fatto dello scoppio pel quale fu ferito il figlio, e dovere conseguentemente rifondere tutti i danni pel discredito dell'esercizio commerciale indicati in L. 5000 e pel ferimento del figlio indicati in L. 2000, e ciò previa ammissione di una perizia sulle armi a mezzo di un perito armaiuolo, e di una perizia sulla ferita riportata dal figlio a mezzo di medico chirurgo, e previa ammissione di una prova testimoniale per provare vari fatti, onde accertare la colpa della Ditta ed i danni.

La ditta Gulikers concludeva per la conferma della sentenza del tribunale.

E la Corte con decisione 1.° marzo 1900 in riforma dell'appellata sentenza ammetteva le due perizie e la prova per testimoni chiesta dall'appellante con quant'altro è di legge. Condannava la ditta Gulikers nelle spese e rinviava la causa ai primi giudici pel suo corso ulteriore.

La Corte così pronunciava: Il tribunale aveva male giudicato ritenendo si trattasse d'azione redibitoria, perchè nel concreto non era questione di bontà della merce, ma di mancanza nella merce del modo di essere che ne costituisce lo stato e la condizione normale, e da cui ne dipende la sua attitu-

---

(1) Cfr. da ultimo, A. Milano, 23 novembre 1897, in *Filangieri*, 1898, 541, col richiamo.

dine all'uso cui è destinata, e che le parti ebbero di mira nel contratto; che sebbene il Pellegrini avesse in appello abbandonata la principale domanda di risoluzione del contratto e restituzione della merce, limitandosi a chiedere una dichiarazione di imputabilità della Ditta per lo scoppio dei fucili e pel ferimento del figlio, e la conseguente condanna ai danni, non si poteva ritenere che avesse anche tramutata l'azione vera contrattuale spiegata in primo grado, in una azione aquiliana derivante da colpa extracontrattuale, nè si poteva ritenere avesse proposto in appello una domanda ancora di risarcimento di danni per fatto colposo indipendentemente dal contratto di somministrazione dei fucili, risultando anche in questo grado, dalle istanze e deduzioni del Pellegrini, che questi al contratto aveva fatto sempre riferimento specialmente riguardo ai danni derivati dal discredito del suo esercizio commerciale colla vendita di fucili non atti ad esplodere colla necessaria sicurezza ed incolumità, che se la domanda dei danni si estese anche a quelli risentiti pel ferimento del figlio, ciò non immutava il carattere della domanda ad ottenere i danni commerciali, nè sarebbe il caso di scindere una domanda dall'altra, essendo quella derivante dal contratto, che riguarda l'inadempienza degli obblighi commerciali, la più importante nella entità dei danni, tanto più che i danni minori del ferimento causati dallo scoppio ebbero occasione dal fatto della inadempienza del contratto, e per tali considerazioni, occorrendo accertare i fatti dedotti dal Pellegrini, influenti in causa, ammetteva le chieste prove.

La ditta Vittore Gulikers Maquinay denunciava detta sentenza a questa Suprema Corte.

La Ditta ricorrente afferma che la Corte, avendo esclusa la redibitoria e la aquiliana, e ritenuta la colpa contrattuale, doveva commisurare la responsabilità del venditore colle regole degli articoli 1225, 1228 e 1229 c. c., cioè pei danni che si potevano prevedere al tempo del contratto, e solo pei danni diretti quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione, e quindi dovevano dalla Corte respingersi tanto i danni pel discredito commerciale quanto quelli pel ferimento non essendo previsti dai ricordati articoli, tanto più che la Corte aveva riconosciuto che i danni causati dallo scoppio erano danni indiretti.

Ma neppure questo mezzo ha giuridico fondamento.

È a rilevarsi in primo luogo che per quanto si è più sopra accennato la Corte non ha esclusa pei danni del ferimento l'azione aquiliana; in secondo luogo si osserva riguardo ai danni pel discredito commerciale risentiti dal Pellegrini nell'esercizio della sua professione di armaiuolo fondati sulla colpa contrattuale, che non può davvero dubitarsi fossero prevedibili al tempo del contratto a termini dell'art. 1228 e sieno inoltre una conseguenza diretta del parziale inadempimento del contratto stesso, non occorrendo parole per dimostrare come un armaiuolo, colla vendita di fucili imperfetti e non atti all'esplosione, pregiudichi gravemente la sua reputazione commerciale; riguardo poi ai danni risentiti pel ferimento fondati sulla colpa aquiliana, anche questi, sebbene qualificati dalla Corte di merito per danni indiretti, sono dovuti, in quanto per la colpa aquiliana non stanno le limitazioni portate dagli art. 1228, 1229 e del resto più che indiretti, si presenterebbero anche questi quali danni diretti derivando esclusivamente dal fatto colposo del venditore.

Si sostenne che ove fosse vero che l'azione proposta ed i danni lamentati fossero dipendenti da contratto male adempiuto, la Corte sarebbe caduta in un gravissimo errore, non ravvisando nell'azione i caratteri della redibitoria, violando così gli articoli 1498, 1462 del cod. civ. Ma anche questo mezzo non ha maggiore fondamento degli altri.

Invero l'azione di cui l'art. 1498 contempla quei vizi e difetti riscontrati nella cosa acquistata, che pure rendendola non atta all'uso cui è destinata o diminuendone l'uso, non ne alterano la sostanza, contempla quei vizi e difetti che non tolgono a che la cosa sia quella che il compratore ha inteso di acquistare; mentre invece quando il difetto cade sulla sostanza della cosa, quando la cosa non ha le qualità essenziali convenute, in allora essendosi dal venditore consegnata una cosa diversa da quella pattuita, l'azione per danni spettante al compratore è quella che proviene dall'inadempimento del contratto di cui all'art. 1165 c. c.

Nel concreto il Pellegrini ha acquistato dalla ditta Gulikers dei fucili, che, per l'uso cui serve quest'arma, dovevano essere atti ad esplodere con piena sicurezza dell'integrità personale, qualità questa così sostanziale, che non poteva non essere pattuita, perchè implicita nella stessa designazione della merce.

Dalla ditta Gulikers si consegnarono bensì dei fucili, ma tre di questi scoppiarono al primo colpo di prova, perchè imperfetti e male costruiti. Ciò posto sta che la Ditta riguardo a questi tre, consegnò delle armi che avevano l'apparenza di fucili, ma che fucili non erano, perchè mancanti delle qualità sostanziali per chiamarsi tali, in quanto non erano atti ad esplodere; erano delle

armi, le quali anzichè servire agli usi cui è destinato il fucile, cioè agli usi della caccia e della difesa personale, costituivano, come i fatti lo dimostrarono, un continuo pericolo alla vita di coloro che le armi stesse adoperavano, e perciò con ragione la Corte di merito ha ritenuto che di azione redibitoria non si trattava.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

NAPOLI, 5 dicembre 1900 — *Pres.* Santamaria Nicolini — *Est.* Petruccelli = Mutone c. Isaia e De Lellis.

Non è pignorabile lo stipendio dovuto da un privato al suo dipendente per prestazioni non ancora effettuate (1).

Esaminando in prima il ricorso dei Mutone e Tabacchini, conviene ricordare che per gli articoli 583 e 613 c. p. c., il pignoramento di somme non può colpire se non quelle dovute al terzo nel momento dell'esecuzione e che nella sua dichiarazione il terzo deve indicare la causa, l'ammontare ed il tempo della loro esigibilità. Di talchè nel terzo dev'esservi già l'obbligo del pagamento di una somma e nel debitore il diritto di ripeterla in un tempo più o meno lontano.

Or lo stipendio di un impiegato privato, fino a che non sia scaduto, nulla ha di certo, essendo il corrispettivo del lavoro che si presta, e potendo il relativo contratto da un momento all' altro venir meno per molteplici ragioni di opportunità e volontà dei contraenti col licenziamento, ovvero col non presentarsi l'impiegato all'adempimento del suo ufficio.

Può dirsi esistente, certo e determinato solo quello che derivi da un contratto, il quale nel momento in cui si perfeziona, sia preciso per durata, qualità e quantità, di guisa che non vi si può derogare se non nei soli casi di forza maggiore.

Ma non è così un contratto di locazione d'opera che può risolversi da un momento all'altro, e però lo stipendio futuro costituisce una semplice aspettativa, o possibilità di vantaggi futuri, che non possono formare materia di pignoramento verso terzi in cui il creditore non agendo, *iure proprio*, ma per diritto del debitore, al quale egli si sostituisce, deve dirigersi contro chi effettivamente sia debitore del suo debitore.

Indarno s'invoca il caso dei pignoramenti degli stipendi degli impiegati dello Stato e delle pubbliche Amministrazioni, perocchè i diritti e i doveri di costoro sono disciplinati da leggi ed organici speciali, i quali statuiscono e garantiscono gli adempimenti, e non sono applicabili agli impiegati privati.

Nè vale obbiettare che per l'art. 1894 c. c. chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri. Imperocchè i beni futuri allora possono essere perseguiti esecutivamente quando entrino effettivamente nel patrimonio del debitore, o per lo meno rappresentino certi e fermi diritti patrimoniali da concretarsi nell'avvenire; il che non implica di potere una semplice aspettativa formar subbietto di pignoramento presso terzi.

P. q. m., annulla.

(1) In senso contrario, da ultimo, Cass. Roma, 4 luglio 1899, in *Filangieri*, 1900, 452, col richiamo.

—

TORINO, 4 dicembre 1900 — *Pres.* Marangoni — — *Est.* De Amicis — *P. M.* Mazza = Mazzoli c. Varoli.

Sebbene non sia per sè stessa illecita, l'obbligazione di rimunerare il mediatore del matrimonio può essere tuttavia condannata qualora si fossero impiegati per raggiungere il fine voluto dei mezzi invalidanti la libertà del consenso (1).

Il ricorrente Emilio Mazzoli muove censura alla denunciata sentenza perchè, secondo quanto egli sostiene, ha riconosciuta come suscettiva di effetti giuridici una convenzione la quale sarebbe senza causa, od avrebbe una causa illecita e contraria alla legge. Ma queste censure non reggono.

E di vero, basta la semplice lettura dei capitoli di prova per interrogatorio, stati dedotti dall'odierno controricorrente ed ammessi dall'impugnata sentenza, per vedere come rettamente il tribunale di Parma, apprezzando d'altronde sovranamente i fatti contenuti nei sopra riferiti capitoli, disse di non trovarvi nulla di contrario alla legge, che apparisca diretto a ledere la libertà dei consensi, che possa far considerare meno lecita l'intromissione del Varoli, e far supporre che la mercede allo stesso promessa, o parte di essa, dovesse essere il corrispet-

(1) Cfr. Cass. Napoli, 30 dicembre 1899, in *Filangieri*, 1900, 283 col richiamo. V. in arg. oltre alle pubblicazioni qua e là citate, anche il pregevole studio del LOMONACO, *Del prossenetico matrimoniale*, pure in *Filangieri*, 1885, 1, 611.

tivo di inganni o sollecitazioni intese a ledere la detta libertà.

Ben vero che il ricorrente, decampando dai termini di fatto della causa, il che però non vale ad infirmare il suddetto apprezzamento del tribunale, sostiene che l'intervento del mediatore Varoli non aveva nel caso concreto per oggetto la sua cooperazione ad agevolare l'intelligenza, ossia il consenso dei contraenti intorno alle condizioni di interesse che avrebbero regolati i rapporti tra gli sposi; ma che bensì il preteso mandato del Varoli avrebbe avuto per oggetto la stessa conclusione del matrimonio e sarebbe per di più stato stipulato con la promessa di un compenso subordinato alla conclusione del matrimonio medesimo, e quindi a quella condizione appunto che, giusta quanto egli afferma, anche seguendo la dottrina e la giurisprudenza più lata, sarebbe contraria alla legge, al buon costume ed all'ordine pubblico.

Senonchè è sufficiente in proposito osservare, come nessuna speciale disposizione di legge vieta in via generica e di massima l'opera di un terzo per favorire la conclusione di un determinato matrimonio; e che, come giustamente il tribunale di Parma osserva nell'impugnata sentenza, non è invocabile il disposto dell'art. 53 c. c., il quale perciò non venne violato, per la buona ragione che le eccezioni, come è quella di cui nel detto articolo, *sunt strictissimae interpraetationis*, e quindi non si possono estendere a casi e temi in esse non contemplati (art. 4 disp. prel. c. c.).

Inoltre non havvi alcuna ragione per cui il matrimonio, che secondo la nostra legge è un contratto, debba essere difeso con mezzi straordinari, in quanto riguarda la libera esplicazione del consenso dei contraenti, dappoichè la mala fede non si può nè si deve presumere.

Certamente che, come in qualsivoglia altro genere di contratti, anche in quello di matrimonio, il consenso è suscettibile d'essere viziato con raggiri e maneggi dolosi i quali valgano a determinarlo, ma questo non vale ad escludere che si possa anche per il matrimonio, come per gli altri contratti, servirsi, per il legittimo intento di conseguirlo, dell'opera di un terzo, quando quest'opera sia giovevole a procurare il retto fine propostosi dai due che il reciproco desìo chiama l'uno verso l'altro, senza che qualsiasi ombra di frode o di malafede pregiudichi o menomamente turbi la libera esplicazione del consenso inteso alla realizzazione del matrimonio, di cui il terzo, senza alcun fine che fosse meno onesto, si fece soltanto il cooperatore.

Laonde rettamente osserva in proposito l'impugnata sentenza del tribunale di Parma:

« Quali sono le funzioni del mediatore? Indicare le convenienze, le relazioni di famiglia, le condizioni di fortuna, procurarsi le informazioni necessarie, cercare di far nascere delle occasioni di avvicinamento fra i due nubendi ed i loro parenti, rimuovere gli ostacoli che dal lato dell'interesse materiale, morale e pecuniario potessero nascere, senza punto influire sulla libera esplicazione del consenso dei nubendi medesimi e dei parenti al matrimonio progettato. Ora se esso fa questo e nulla più, e se a questo deve ragionevolmente intendersi limitato il suo ufficio, quando non è provato il contrario, perchè si dovrà ritenere, in via di presunzione *iuris et de iure*, che sia illecita la obbligazione assunta a di lui favore, pel timore che esso mediatore, preoccupato dalla sola idea di lucrare la pattuita mercede, possa agire meno onestamente, ingannare la buona fede delle parti e in qualche modo influire sul loro consenso? Come ravvisare illecita l'opera sua quando è lealmente ed onestamente richiesta e prestata, e pretendere per tal modo che la legge debba ricusargli ogni protezione ed autorizzare invece chi si serve del suo ufficio a calpestare le obbligazioni liberamente contratte, e ciò in ossequio alla moralità? Se vi è frode o dolo, se si adoperano mezzi che la morale riprova, siamo allora sul terreno del diritto comune. Provata la frode del mediatore la sua domanda è rigettata, ma la convenzione non sarà nulla, non perchè ha avuto per oggetto la mediazione del matrimonio, bensì perchè viziata di frode e di dolo ».

Colle quali considerazioni il tribunale di Parma nell'impugnata sentenza non faceva se non che uniformarsi in sostanza a quelle espresse nella sentenza 13 sett. 1893 di questa Corte Suprema (*Giur. tor.*, XXX, p. 803), in cui si osservava che « non si può ritenere in modo generale ed illimitato fondata sopra una causa illecita, come contraria al buon costume ed all'ordine pubblico, l'obbligazione di retribuire l'opera che altri sia per prestare onde procurare al promettente o ad altra persona un matrimonio in genere, od anche un matrimonio determinato: perchè, se può accadere che colui il quale così assume la parte di intermediario in materia di matrimonio, dalle modalità della convenzione sia stimolato talvolta ad influire con mendaci ed altri mezzi disonesti sulla volontà dell'una o dell'altra delle due parti contraenti, alterando la tanto essenziale libertà del loro consenso, può pure accadere che la convenzione sia formata in modo da escludere tale pericolo ».

E nella stessa sentenza questa Corte Su-

prema aggiungeva, che era pur caso di vedere, se si trattasse di mandato retribuito o di vero e proprio prossenetico, prima di negare l'azione a chi aveva chiesto in giudizio il compenso statogli promesso.

Ora nel caso concreto il tribunale di Parma non solamente escluse che si trattasse di vero e proprio prossenetico, non solo stabilì che si era invece in caso di mandato, ma inoltre con sovrano apprezzamento di fatto, che sfugge a qualsivoglia censura di questa Corte Suprema, ritenne che l'opera del Varoli intesa a favorire, e nulla più, la conclusione del matrimonio, e le prestazioni di mezzi al Mazzoli per facilitare l'avvicinamento di lui alla persona desiata ed alla di lei famiglia, costituivano circostanze che nulla avevano di contrario alla legge ed al buon costume, e che per nulla offendevano o potevano offendere la santità del matrimonio, la libera esplicazione cioè del consenso delle parti per formare il vincolo contrattuale.

Vero che questa stessa Corte Suprema in una sua non recente sentenza 25 sett. 1883 (*Giur. tor.* XX, 1081) aveva stabilita la massima che: « La senseria nei contratti di matrimonio è contraria alla morale e alla ragione giuridica. È quindi nulla per causa illecita l'obbligazione assunta verso il sensale di corrispondergli una somma di danaro nel caso che egli riesca a procurare al promettente un conveniente matrimonio ».

Ma questa Corte Suprema, nell'odierna fattispecie, ritenuta colla ora denunciata sentenza, trova una tale massima troppo assoluta e rigorosa, e stima invece essere più conforme alla legge ed all'equità quella sancita nella recentissima sentenza 30 dic. 1899 della Corte di cassazione di Napoli colla quale stabilì che: « Il contratto di prossenetico matrimoniale è valido, salva la facoltà al giudice di esaminare se esso sia immorale per le condizioni appostevi o improduttivo d'effetto per il modo con cui fu eseguito ».

Laonde avendo l'impugnata sentenza sovranamente ritenuto in fatto che i capitoli d'interrogatorio dedotti a prova nulla contenevano di contrario all'onestà ed alla legge, ha rettamente applicata la legge dicendoli ammissibili e confermando la sentenza pretoriale che li aveva ammessi.

P. q. m., rigetta.

—

NAPOLI, 3 dicembre 1900 — *Pres.* Corbara — *Est.* Cosenza = Nitti c. Nittoli.

La destinazione d'un avvocato-procuratore a patrocinatore officioso *non esonera la parte dall'obbligo di conferirgli la sua rappresentanza col* mandato (1).

Il motivo d'inammissibilità del ricorso per mancanza di mandato al difensore che lo sottoscrisse, non può non accogliersi. E difatti le nuove leggi di rito, a differenza delle passate, richiedono essenzialmente come base della difesa la procura al difensore.

Senza di essa egli non ha diritto di presentarsi innanzi al magistrato per patrocinare la causa dei suoi clienti, così presso i tribunali che presso le Corti d'appello. Nè diversamente si verifica per la difesa innanzi questo Supremo Collegio, poichè l'articolo 528 c. p. c. non ammette esame alcuno sul merito del ricorso se prima non fu depositato in questa cancelleria il mandato della parte all'avvocato che ha sottoscritto il ricorso e che deve sostenerlo in udienza.

Tutto questo non fece la ricorrente perchè manca negli atti il mandato all'avvocato che sottoscrisse il ricorso.

Nè qui si dica che costui è un difensore officioso e che fu destinato dalla Commissione del gratuito patrocinio a sostenere le ragioni della ricorrente, imperocchè l'art. 19 della legge su quella materia vuole la destinazione di un difensore per dare una norma alla parte che fu ammessa a quel beneficio; per facilitarla nella scelta del difensore indicandosi a lei un individuo che la Commissione crede adatto a sostenerne la difesa.

Ma ciò non dispensa affatto la parte dall'obbligo di conferirgli il mandato per assumerne la difesa come segno certo che l'avvocato designato fu meritevole non solo della fiducia della Commissione, ma eziandio di quella della parte, condizione questa essenziale per dirsi valida e legale la rappresentanza del ricorrente a norma della legge di procedura civile.

Questo non fece la Nitti, essa non conferì al suo avvocato alcun mandato contentandosi di quella indicazione datale dalla Commissione del gratuito patrocinio la quale non è sufficiente per la validità della rappresentanza presso questo Supremo Collegio.

P. q. m., ecc.

—

TORINO, 15 novembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Capotorti — *P. M.* Garelli = Garibaldi c. Losi.

Nei rapporti fra debitore e creditore il pegno è contratto semplicemente consensuale, la tradizione occorre solo per l'esercizio del diritto di privilegio (2).

---

(1) È conforme alla tesi il MATTIROLO nel suo *Trattato di dir. giud.*, t. II, n. 243.

(2) Cfr. da ultimo A. Firenze, 30 gennaio 1897 in *Filangieri*, 1897, 779 col richiamo.

Il tribunale non poteva essere vincolato dalla sua precedente sentenza, che si era limitata a confermare altra del pretore ammissiva della prova testimoniale, diretta a toglier base al timore di sottrazioni allegato dal creditore; imperocchè le sentenze interlocutorie non fanno stato che su quei punti di diritto che hanno dovuto necessariamente fermare per far luogo ai mezzi istruttori che ammettono, e nella specie niente altro poteva dirsi fermato se non il principio che anche il creditore pignoratizio, il quale per avere il possesso della cosa datagli in pegno ricorre alla misura del sequestro, deve trovarsi nelle condizioni volute dall'art. 924 c. p. c. E la sentenza impugnata non contraddisse a questo principio quando ritenne che, escluso il pericolo di sottrazioni, sussisteva l'altro fatto della perdita o diminuzione delle garanzie del credito per giustificare il sequestro; imperocchè anche di questo estremo, espressamente dal citato articolo contemplato, doveva tenersi conto, e nulla si è potuto addurre contro l'apprezzamento per cui fu ritenuta deteriorata la condizione del creditore da circostanze in parte verificate ed in parte prevedibili, le quali diminuivano il valore del pegno. L'interlocutoria riserbò il giudizio sulla validità del sequestro, nè può essere altra la sua portata. Ora tale giudizio non doveva limitarsi alla ricerca di uno più che di un altro degli estremi necessari, ma doveva tutti comprenderli, esaminando gli elementi di fatto che si avevano, e ponendoli a riscontro delle ipotesi di diritto.

Ed è ciò che fece la sentenza impugnata. Nè sussiste che questa abbia introdotta in favore del creditore con pegno una nuova specie di sequestro, che non è nella legge; imperocchè, non ostante l'accenno che sulle cose cadute in sequestro il creditore aveva un diritto di pegno, giudicò della validità del sequestro alla stregua comune dell'art. 924 c. p. c., esaminando le condizioni da questo richieste per qualunque creditore, e ritenendole verificate nell'esistenza generica di una ragione di credito, e nella diminuzione delle garanzie. Quell'accenno fu necessario per precisare il concetto della garanzia speciale dovuta al creditore, in rapporto alla quale doveva essere valutata la sicurezza del credito e la ragione del sequestro, ma esso non indica che il tribunale abbia fatto a meno di verificare le condizioni di validità di siffatta misura. Ed è poi un errore della ricorrente quello di credere che non sussista il pegno quando questo non sia rimasto in potere del creditore.

A prescindere, invero, che il fatto stato ritenuto in sentenza è che le cose date in pegno passarono realmente in potere del creditore, il quale ne rilasciò temporaneamente il possesso in vista di uno scopo determinato, per riprenderlo quando questo fosse stato conseguito o fosse cessato, e che il sequestro fu il mezzo per riacquistare il possesso, egli è indubitato che, nei rapporti fra creditore e debitore, il pegno sussiste per effetto del consenso, mentre la detenzione per parte del creditore è condizione necessaria per l'esercizio del privilegio che il pegno conferisce (art. 1882 c. c.). Quando si parla di privilegio si fa l'ipotesi di un concorso di creditori, e perciò del conflitto d'interessi coi terzi, che non ebbero parte nel contratto di pegno, e pei quali sono stabilite quelle formalità e quelle garanzie alle quali allude il ricorso.

P. q. m., rigetta, ecc.

TORINO, 27 settembre 1900 — *Pres.* Mussita — *Est.* Bozzi — *P. M.* Garelli = Vinelli c. Canepa.

Non è denunziabile per cassazione la sentenza arbitrale resa sopra compromesso contenente la nomina degli arbitri come giudici inappellabili (1).

È pacifico fra le parti, e risulta d'altronde dalla denunciata sentenza e dall'atto di compromesso, che gli arbitri furono autorizzati a pronunciare il loro lodo come giudici inappellabili, senza formalità di procedura. Data questa condizione di fatto, la tesi sollevata dal P. M., e che, attenendosi all'ordine delle giurisdizioni, dovrebbe essere pure d'ufficio rilevata dal Collegio, così si compendia:

« Una sentenza come giudizio di primo grado, ma, per volontà espressa delle parti compromittenti, dichiarata inappellabile, può essere denunciata direttamente in Cassazione? ».

La dottrina è discorde, ma la preponderante giurisprudenza dei Supremi Collegi risponde negativamente, e questa Corte non esita a raffermare tale giurisprudenza.

Gli argomenti principali già addotti e ripetuti nelle varie pronuncie, e che è bene richiamare e riaffermare, si possono riassumere nei seguenti:

L'art. 31 c. p. c. dice che è ammesso il ricorso per cassazione contro le sentenze pronunziate dagli arbitri in grado d'appello

---

(1) Cfr. da ultimo Cass. Firenze, 24 gennaio 1901 in questo *Filangieri*, 1901, 197 coi richiami in vario senso.

e non fa cenno alcuno delle sentenze in primo grado, ma inappellabili per volere dei paciscenti; l'art. 88 stesso codice determinando la competenza della Corte di cassazione statuisce, che essa conosce dei ricorsi per annullamento delle sentenze a norma dell'art. 517; il quale poi recita che possono essere impugnate in cassazione le sentenze pronunciate in grado d'appello. Che queste sentenze non si possano confondere con quelle inappellabili, si deduce chiaramente dall'art. 123 dell'ordinamento giudiziario, nel quale, dopo essersi detto che la cassazione in materia civile conosce dei ricorsi contro le sentenze proferite in grado d'appello, usa il linguaggio più esteso per le materie penali, dicendo che conosce dei casi di annullamento delle sentenze inappellabili o in grado d'appello proferite dalle Corti, tribunali e pretori.

Mentre il codice di rito anteriore usava al riguardo l'espressione « le sentenze pronunciate in ultima istanza », la quale ben poteva far presumere comprese anche le sentenze inappellabili, diversa locuzione ritenne di usare il legislatore del 1865, specificando che le sentenze impugnabili in cassazione sono quelle pronunziate in grado d'appello.

Ad ogni modo si potrà far questione se il legislatore intese sottrarre al rimedio della cassazione anche quelle sentenze demandate in unica istanza ai tribunali ed alle Corti d'appello, e quelle pure dichiarate inappellabili dalla legge stessa: ma questione non può sollevarsi quando sono le parti che volontariamente colla rinuncia preventiva all'appello riconoscono definitivamente risolta la controversia.

A questi — che sono i principali ragionamenti che da soli dimostrano l'attendibilità dell'eccezione sollevata dal P. M., e che vanamente si combattono coll'accusare il legislatore di avere adoperate espressioni meno proprie, mentre è regola di ermeneutica legale, che quando la parola della legge è chiara e di più è ripetuta in varie disposizioni, non è lecito attribuirle altro significato — parecchi minori, ma pur validi argomenti si possono aggiungere.

Prescindendo pure dal riflesso che l'articolo 521 c. p. c., disponendo pel deposito occorrente onde poter ricorrere in cassazione, non contempla le sentenze degli arbitri, non si può seriamente e legalmente sostenere che coll'espressione usata dal legislatore all'articolo 31 c. p. c. « contro le sentenze pronunciate dagli arbitri in appello » si intese comprendere tutte quelle sentenze non suscettive di rimedi ordinari, e quindi le inappellabili: perchè la distinzione è palesemente marcata al precedente art. 28, nel quale è detto che le sentenze degli arbitri sono appellabili, eccettuati i casi che i medesimi abbiano pronunciato come giudici d'appello, o che le parti abbiano rinunziato all'appello. Ciò che dimostra chiaramente che l'art. 31 richiama e contempla solo il primo, non il secondo di detti casi.

La volontà espressa dalle parti contraenti è legge per esse, quando non si vada contro la morale, l'ordine e l'interesse pubblico; e se è lecito rinunciare preventivamente al ricorso per cassazione sia espressamente, sia implicitamente, demandando agli arbitri la facoltà di amichevoli compositori, non si comprende perchè non abbiano potuto colla rinuncia all'appello precludersi l'adito al rimedio della cassazione, concesso solo contro le sentenze proferite in grado d'appello.

La rinuncia preventiva all'appello importa acquiescenza alla sentenza che verrà pronunciata, accettazione del giudizio e conseguente rinuncia al diritto d'impugnarla in qualsiasi modo, salvo colla revocazione o coll'azione di nullità.

Se una parte, dopo la pronuncia di una sentenza di primo grado, espressamente o tacitamente la accetta, oppure lascia infruttuosamente trascorrere il termine perentorio per l'appello (art. 465 e 466 c. p. c.), non può più essere ammessa a querelarsi in cassazione; lo stesso deve dirsi per quella parte che preventivamente ha rinunciato all'appello, ha accettata la pronuncia.

Si è detto che questa, che il Collegio accoglie, è la preponderante giurisprudenza delle Corti Supreme, ed al riguardo basterà ricordare le sentenze 27 maggio 1899 della Cass. di Napoli (Nola c. Desena), 10 marzo 1890 della Corte fiorentina, 19 marzo 1890 della Corte di Roma, e 25 marzo 1884 di questo Supremo Collegio, in causa Accame c. Società « Fiducia Ligure ».

P. q. m., la Corte dichiara inammissibile il ricorso, ecc.

—

TORINO, 22 settembre 1900 — *Pres.* Mussita — *Est.* Ostermann - *P. M.* Garelli = Tosi c. Canderani.

La scienza del testatore che la cosa legata era altrui, a sensi e per gli effetti di cui agli art. 837 e 839 c. c., non occorre risulti da una clausola espressa, ma può anche essere desunta indirettamente dal contesto delle disposizioni testamentarie (1).

---

(1) V. in arg. Cass. Roma, 26 settembre 1883 (*La Legge*, 1883, 2, 793): A. Brescia, 16 novembre 1868 (*Mon. Trib.*, 1869, 253); LOSANA, *Successioni testamentarie*, pag. 276 segg.

Le violazioni denunciate col I mezzo consisterebbero:

a) Nell'essere la Corte caduta in un errore iniziale col porre come necessarie, a termini degli art. 837 e 839 c. c., per la validità del legato della cosa appartenente ad altri in tutto od in parte, due condizioni, la volontà di legar la cosa per intero e la locuzione espressa nel testamento che il testatore sapeva essere cosa altrui in tutto od in parte. L'art. 837 non parla di volontà, esige solo sia espresso nel testamento che il testatore sapeva essere la cosa d'altrui; che se poi l'art. 839 per la validità del legato della cosa che al testatore apparteneva solo in parte, esige che risulti della volontà di lui di legar la cosa per intero, nulla resta immutato però alla nozione sostanziale dell'art. 837 per il tassativo richiamo fattovi; ond'è che questo e non altro devesi all'uopo accertare, che sia espresso nel testamento che il testatore sapeva essere la cosa in parte altrui.

Fermata l'attenzione sulla prima condizione, quella della volontà, la Corte sorvolò sulla seconda, la sostanziale, e il primo errore trasse al secondo di informare il giudizio sulle risultanze di documenti estranei, prodotti solo per combattere la tesi sostenuta in sulle prime dall'attrice, che Giulio Cesare Tosi fosse, quando morì, proprietario esclusivo degli stabili legati;

b) Nell'errata interpretazione ed applicazione degli art. 837, 839, coll'aver ritenuto sufficiente che la manifestazione della scienza dell'appartenenza altrui in tutto od in parte della cosa legata scaturisca espressa in modo non ambiguo dal tenore e dal contesto del testamento, in quanto che l'espresso deve riuscire manifesto per sè, emergere in modo diretto e palese, non scaturire da fonte qualsiasi, e senza che siavi d'uopo di argomentazioni, di induzioni, o, peggio, di richiami ad elementi estranei, il che tutto fece la Corte;

c) Nell'aver omessa ogni motivazione sull'opposta inconciliabilità delle due contrarie tesi sostenute dalla Canderani, la prima delle quali, diretta a dimostrare che il testatore era proprietario dell'intero stabile, esclude l'altra, quella della scienza che lo stabile gli appartenesse solo in parte; tesi questa che la Corte accolse, anche contraddicendosi, perchè nella prima parte della motivazione, richiamata più specialmente nella discussione orale, disse che il Tosi, pel lungo possesso tenuto dei poderi *Disciplina* e *Favorita*, doveva ritenersene esclusivo proprietario, sì da poterne liberamente disporre.

Nessuna di tali censure ha fondamento giuridico.

Non la prima, perchè se è vero che l'articolo 837 non accenna alla condizione della volontà, ma solo l'art. 839, è indubitato però che tale condizione deve concorrere nell'uno e nell'altro caso; con questa differenza, che nel primo caso essa è implicita, cioè insita nella disposizione che lega la cosa appartenente nella totalità ad altri, mentre nel secondo è necessario che, appartenendo parte della cosa al testatore, quando egli la voglia tutta comprendere nel legato, di tale volontà risulti, senza di che sarebbe logico (logica a cui s'informa l'articolo) che si intendesse legata solo quella parte che al testatore apparteneva.

Quindi se non era necessario, stante la differenza ora accennata, e perchè non si versava nel caso previsto dall'art. 837, di comprenderli entrambi nella questione propostasi a risolvere, non è a dirsi però che, facendolo, la Corte commettesse un errore di diritto, tanto meno poi in quanto essa doveva risolvere il secondo caso, quello in cui dell'estremo della volontà doveva imprescindibilmente occuparsi.

Nè può qualificarsi errore l'avere formulata la questione in modo da porre per prima la condizione della volontà, sia perchè in materia testamentaria è sempre elemento sostanziale prevalente la volontà del defunto, sia perchè con ciò la seconda non assumeva natura, nè tampoco parvenza di condizione accessoria o secondaria. Nè la Corte su di essa sorvolò; la motivazione anzi dimostra che fu data importanza massima ed essenziale al requisito che nel testamento fosse espresso che il testatore sapeva essere in parte la cosa altrui; e tale estremo la Corte trasse dal testamento, non da documenti estranei, ai quali accennò per riconfermare quello che del resto era già stato stabilito colle sentenze 4 nov. 1897 del tribunale e 5 ott. 1898 della Corte, cioè che gli stabili *Disciplina* e *Favorita*, se pur goduti dal solo testatore, erano tuttora indivisi e non appartenevano a lui nella totalità, estremo pur questo indispensabile, e che quindi opportunamente veniva ricordato nella motivazione, come premessa alla dimostrazione del concorso dell'altro estremo essenziale, quello della scienza espressa nel testamento che il podere legato non apparteneva al testatore per intiero.

Così non ha fondamento la seconda censura.

Ammette lo stesso ricorrente che il legislatore non ha imposto una formola determinata per la manifestazione scritta della scienza nel testatore che la cosa legata apparteneva in tutto od in parte ad altri. E questo rettamente ritenne la sentenza denunciata.

Posto ciò, se la Corte del merito nell'esame delle tavole testamentarie di Giulio

Cesare Tosi rinvenne espressioni equivalenti, secondo essa, alla manifestazione esplicita della scienza che il podere legato alla Canderani formante parte dell'asse ereditario paterno tutt'ora indiviso, apparteneva in parte ad altri, il suo giudizio è insindacabile e sovrano, e non può formare oggetto di esame da parte del Supremo Collegio.

Nè sussiste l'asserto errore di diritto, di avere cioè la Corte desunto la scienza da semplici induzioni o presunzioni anzichè dalla prova diretta, quale sarebbe voluta dall'art. 837, poichè quando, dopo un diligente esame delle espressioni del testamento, si viene a concludere che esse costituiscono la vera, ripetuta espressione della scienza che la cosa apparteneva in parte ad altri, per modo che col difetto di tale scienza esse sarebbero inconciliabili, ciò che in sostanza nella sua motivazione ritenne la Corte, è chiaro che la prova si è rinvenuta nel testamento direttamente, senza il sussidio di presunzioni.

E la sua convinzione trasse la Corte, giova ripeterlo, dalla sola locuzione del testamento, non da elementi estranei, ai quali accennò non per altro che per constatare che la condizione di fatto armonizzava colle espressioni del testamento, e questo era lecito ed opportuno di fare per meglio suffragare la interpretazione data alle tavole testamentarie, senza che ciò implicasse che l'interpretazione venisse desunta da fonti estranee. Chè anzi la Corte, dopo aver accennato allo stato di indivisione e al possesso del podere legato conservato per lunghi anni dal testatore, si affrettò a soggiungere che il concorso della condizione della scienza espressa, che lo stabile apparteneva in parte ad altri, dovevasi ricercare solo nel testamento, ciò che fece rigorosamente, traendone la conclusione più volte accennata.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 6 agosto 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Bellati — *P. M.* Piroli = Costa c. Iemina.

È valida la fideiussione concessa prima della nascita del credito, ancorchè sia stata dal creditore accettata solamente dopo (1).

Dei quattro mezzi proposti dal Costa nel suo ricorso, i primi due hanno per fondamento lo stesso sistema, e consistono in dire che la fideiussione da lui prestata in favore del Burlando colla sua lettera del 24 dic. 1895, non ha base giuridica, e non è valida perchè non accettata dalla ditta Iemina in modo espresso e contemporaneo alla proposta, come è necessario per qualunque contratto, avendo la ditta Iemina fatto conoscere di aver accettata la fideiussione solamente colle sue lettere del 29 nov. e 5 dicembre 1898 colle quali scriveva avere il Burlando cessato dai suoi pagamenti e domandava consiglio sulla convenienza, o non, di accettare l'offerta di una percentuale del 20 0|0, e che in tutti i casi, avendo la fidejussione preso vita soltanto dalle suindicate date, le provviste fatte prima di esse dalla ditta Iemina al Burlando non potevano essere coperte dalla garanzia.

Su questi due mezzi il sistema del ricorrente è affatto sbagliato perchè, essendo la fideiussione da lui promessa un atto semplicemente unilaterale, non aveva bisogno per sussistere della contemporanea accettazione della Ditta, tale essendo il carattere di siffatte espromissioni, che esse sussistono di per sè stesse indipendentemente da ogni accettazione, e solo ne rimangono sospesi gli effetti finchè la parte cui sono fatte, o le abbia accettate, o ripudiate, e se le ha accettate, i loro effetti risalgono al momento della fatta promessa, facendo rimontare a quella data l'obbligazione del promettente. Le disposizioni di legge invocate dal ricorrente in questo mezzo non s'attagliano alla fattispecie perchè proprie in massima parte dei contratti bilaterali. Una figura del contratto in concreto la si ha nell'art. 1128 c. c., ove, dopo essersi premesso che nessuno può stipulare in proprio nome fuorchè per sè medesimo, si viene a dire che ciascuno può stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò forma condizione di una stipulazione che egli fa per sè stesso, o di una donazione che fa ad altri. E soggiunge che chi ha fatto questa stipulazione non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne profittare. Nella specie il Costa volendo far cosa vantaggiosa al Burlando, che era suo cugino, promise alla ditta Iemina di pagarle, fino alla concorrenza di L. 1500, le provviste che essa avrebbe fatto allo stesso Burlando, ove questi non avesse adempito all'obbligo suo. La ditta Iemina accettò la promessa fattale dal Costa fornendo le merci di cui egli abbisognava, ed ecco conchiuso definitivamente il contratto di cui si parla, il quale da volontario che era dapprima pel Costa in causa della fatta promessa, diventò poscia obbligatorio per l'accettazione della ditta Iemina.

E che tale accettazione abbia avuto luogo in effetto, e prima che la ditta Iemina scrivesse al Costa le lettere del 29 nov. e 5 dicembre 1898, non è lecito dubitarne, essendo

(1) Cfr. TRIVISONNO, *La fideiussione*, in questo *Filangieri*, 1893, I, 495. — A. Milano, 14 febbraio 1879, in *Mon. Trib.*, 1879, 237.

ciò constatato dalla denunciata sentenza, la quale rileva che le provviste fatte dalla ditta Iemina cominciarono il 9 nov. 1897 e terminarono il 27 sett. 1898.

Sta pertanto in tutta la sua pienezza la fideiussione prestata dal Costa in favore della ditta Iemina, ed essa ha preso vita non dal giorno in cui questa scrisse al Costa le sovra indicate lettere, ma da quello in cui fece al Burlando le provviste di cui è caso; onde la conseguenza che giusta e giuridica deve ritenersi la denunciata sentenza del tribunale di Chiavari, la quale, in conformità dei principî sopra tracciati, condannò il Costa a pagare alla ditta Iemina le provviste da lei fatte.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

PALERMO, 2 aprile 1900 — *Pres.* Maielli — *Est.* Gagliardi = Traina c. Spadaro.

L'esperimento dell'azione ex contractu *non esclude che il contraente possa esperire anche l'azione* ex delictu *pel danno risentito nell'esecuzione del contratto* (1).

Non è dubbio dovere il venditore rispondere della qualità della cosa venduta e dei difetti suoi preesistenti alla vendita, da lui a bella posta dissimulati, e che al compratore competano le due azioni *quanti minoris* e l'*actio redibitoria*, cioè per far ridurre il prezzo della vendita o fare sciogliere il contratto.

Ma queste azioni che derivano dal contratto non escludono l'altra per danni derivanti da colpa aquiliana.

Le prime due azioni sono una dipendenza del contratto e da esso promanano, mentre la seconda, fondata sul principio del *neminem ledere*, deriva da un fatto colposo, indipendente dal contratto e che rientra nell'ipotesi del quasi-delitto previsto dall'articolo 1151 c. c.

Il Tribunale dopo avere ritenuto il fatto che il Traina fu in colpa, nel mandare allo Spadaro una merce dichiarata nociva dalla legge, e che tal fatto produsse il danno lamentato dallo Spadaro, ben giudicò nel definire l'azione rigettando l'eccezione di inammissibilità proposta dal ricorrente, anzi versandosi a ricercare se potesse aver luogo la compensazione delle colpe, ritenne che questa non poteva aver luogo perchè lo Spadaro non ebbe il tempo di esaminare se il vino contenuto nei fusti inviatigli dal Traina fosse in contravvenzione alla legge d'igiene. Or non è lecito al convenuto travisare l'indole di una azione proposta per aver l'agio di facilmente combatterla, e tutte le eccezioni di decadenza contro l'azione redibitoria non hanno alcun valore.

P. q. m., rigetta, ecc.

(1) V. sull'arg., da ultimo, in senso contrario, De Meis, *Azione di danno contrattuale ed extracontrattuale*, in questo *Filangieri*, 1900, 578.

—

NAPOLI, 30 dicembre 1899 — *Pres.* Nunziante — *Est.* Toraldo = Rispoli c. Benincasa.

Il giudice ha facoltà di variare la formula del giuramento decisorio purchè le varianti non cambino l'oggetto della formula stessa (1).

Come risulta dalle combinate disposizioni degli articoli 220 e 222 cod. proc. civ., con l'art. 1372 c. c., è dato al giudice di variare la formola del giuramento decisorio, purchè le varianti non cangino l'oggetto precipuo della medesima.

Valga il vero, i due testè cennati articoli del diritto giudiziario stabiliscono che chi deferisce il giuramento decisorio deve proporne le formola, e che l'ordinanza o la sentenza, la quale lo ammette, la debba contenere. Fin qui, si potrebbe dubitare, se sia concesso al magistrato di variare la formola proposta dal riferente. Però il dubbio cessa, ove si tenga presente la disposizione dell'art. 1372 c. c. In esso è scritto, che la parte la quale ha deferito il giuramento può revocarlo, sino a che la parte contraria non abbia dichiarato di accettarlo o di riferirlo, o sino a che non sia intervenuta sentenza irrevocabile sull'ammissione del medesimo. Nell'alinea poi prosegue: « può « revocarlo anche dopo la sentenza, e dopo « che la parte contraria abbia dichiarato di « essere pronta a prestarlo, *se nella sentenza* « (si noti) *fu variata la formula proposta*, « salvo che abbia con qualche atto poste- « riore fatto acquiescenza *alla formula* va- « riata ». È evidente quindi, che per legge il giudice può variare la formula del giuramento, la qual cosa altro diritto non genera in colui che lo ha deferito, se non quello di revocarlo, purchè non abbia accettata anche tacitamente la pronunziata variazione. Questo dimostra la sapienza della legge, poichè il giudice cui venne demandato il potere di decidere le controversie insorte fra i cittadini, e dichiarare da qual parte stia il diritto, non deve, come un istrumento passivo, seguire i contendenti nelle loro bizze personali, o nelle cose inutilmente da loro dedotte, o che non possono

(1) Cfr. Lessona, *Man. di proc. civ.*, n. 141.

condurre alla risoluzione del piato giudiziario, ma tiene obbligo invece di occuparsi soltanto di tutto quello che possa condurre a questa finalità.

P. q. m., la Corte rigetta, ecc.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

MILANO, 22 gennaio 1901 — *Pres.* Clerici — *Est.* **Mortara** = Comune di Milano c. Casa di Salute Dufour ed altri.

Non sono soggetti a tassa sul valore locativo i locali destinati all'esercizio d'una casa di salute (1).

In questa sede d'appello non occorre esaminare la questione di improcedibilità per difetto di veste giuridica negli appellati, imperocchè il Comune appellante che pur l'aveva proposta in primo giudizio e l'aveva richiamata nella citazione appellatoria, dichiarò in conclusionale e all'udienza di volerla abbandonare.

Avendo le parti omesso di presentare in giudizio il regolamento 29 luglio 1898 col quale il Comune di Milano fissava le norme per l'applicazione della tassa sul valore locativo, è mestieri risolvere la controversia, raccogliendo dalle comparse conclusionali quelle fra le sue disposizioni che senza contraddizione fra loro i contendenti assegnano a fondamento della disputa.

Tali disposizioni sono contenute negli articoli 1, 2, 4 e 6 del regolam. medesimo. Si afferma che le prime due in conformità alla prima parte dell'art. 17 r. d. 28 giugno 1866 e degli art. 2 e 3 dell'altro r. d. 31 gennaio 1867 determinano la sottoposizione all'imposta locativa delle abitazioni al confronto di chiunque privato cittadino o straniero tenga a sua disposizione una casa o un appartamento con mobili siano questi propri od altrui, quand'anche non occupi, o solo rare volte, la sua casa od il suo appartamento; meglio definendo poi l'abitazione, il luogo di alloggio dell'individuo e della sua famiglia, sia esso attuale o attuabile e allo scopo esclusivo di compiere le funzioni naturali della vita; che quella dell'art. 4 in conformità all'ultima parte dell'art. 17 del r. d. 28 giugno 1866 e art. 6 del successivo decreto 31 genn. 1867 determina che le società, i circoli, casini, gli stabilimenti privati, ecc. sono tassati in nome collettivo in ragione dei locali di cui hanno l'uso o la disponibilità; ed infine che l'art. 6 fra le ipotesi di esenzione dall'imposta annovera alla lett. *c* le botteghe, gli opifici e gli stabilimenti industriali, ecc.

Due sono pertanto le questioni da risolvere: la prima, se le case di salute entrino nel novero delle abitazioni di cui ai primi due dei citati articoli; la seconda, se in ogni modo non siano a reputarsi almeno comprese nelle eccezioni di cui all'art. 6 nella qualità di stabilimenti d'industria.

Sulla prima si osserva che tutto lo sfogo della difesa dell'appellante si riduce in ultima analisi ad una semplice interpretazione filologica dei testi regolamentari succitati, sostenendo che le case di salute sono luoghi forniti di mobili, destinati all'abitazione sia pure temporanea, e allo scopo di cura, degli ammalati, ma appunto perciò a disposizione dei rispettivi proprietari per essere concessi anche saltuariamente a fine di dimora od abitazione temporanea. E si soggiunge che fornendosi in detti luoghi oltre che l'alloggio anche la cura, essi possono paragonarsi a vere e proprie pensioni non sottratte per i loro proprietari alla tassa sul valore locativo, salvo il diritto di rivalsa verso chi li occupa. Senonchè alla Corte non sembra tale interpretazione corretta, mentre per bene determinarla crede che invece occorra coordinare la lettera collo spirito informatore della legge per cui è dettata. E che la semplice interpretazione letterale non possa essere sufficiente, sarà facile dimostrarlo, ove si avverta che, a tenore suo, si avrebbe abitazione in qualunque dimora attuale, per quanto temporanea od occasionale voglia raffigurarsi. Per tal modo chi viaggiando alloggia in un albergo si dirà che abita nell'albergo; l'ammalato che si ricovera all'ospedale, durante il tempo della malattia si dirà che abita nell'ospedale; il soldato durante il tempo di servizio si dirà che abita nella caserma, come il detenuto durante la pena abita nelle carceri; ma in nessuna di queste ipotesi, che pure rispondono al valore filologico della parola *abitazione*, potrà cadere di riscontrare il significato giuridico dell'espressione. Tale significato deve ricercarsi invece in un altro concetto, in quello cioè della destinazione di un determinato luogo od abitazione, o, come si esprime lo stesso art. 1 del regolamento: nel luogo di alloggio dell'individuo e della sua famiglia allo scopo di compiere le funzioni naturali della vita.

Tutto ciò quindi che rappresenta straordinarietà o semplice occasionalità, rispetto a

---

(1) In senso conforme, per gli *alberghi*, v. da ultimo IV Sezione 7 luglio 1900. in *Filangieri*, 1900, 715.

tal fine, non può essere accettato come utile criterio di interpretazione. Ora non è impugnato nè sarebbe impugnabile razionalmente che le case di salute, pure private, non rappresentano nè possono rappresentare se non codesta dimora occasionale o temporanea dato il fine cui sono istituite.

Ivi infatti si accolgono a pagamento persone le quali hanno bisogno di speciali cure od operazioni richiedenti al loro compimento un tempo più o meno lungo. Ivi si forniscono agli ammalati e l'alloggio ed il vitto e l'assistenza medica, ed i mezzi curativi. Figurare questo come lo stato ordinario e comune della vita fisica del cittadino, sarebbe certamente cosa assurda, giacchè non è nello stato di malattia che si esauriscono le funzioni naturali della vita, sia nei riguardi individuali, sia in quelli famigliari. Se tutto ciò sta, è pure evidente che codesti luoghi, ove si compiono non già funzioni naturali, ma funzioni straordinarie della vita, non possono considerarsi luoghi di abitazione, nè come tali essere soggetti alla tassa sul valore locativo. E questo criterio che si desunse dalla finalità della loro destinazione, e che riflette le persone in essi temporariamente dimoranti, refluisce direttamente sulla posizione giuridica dei proprietari loro, in quanto che per costoro non basti il solo fatto materiale di tenere a propria disposizione una casa od un appartamento ammobiliati, per essere assoggettati all'imposta sul valore locativo, quando non si provi eziandio che la destinazione assegnatavi è quella di farne un luogo di abitazione, propria od altrui, presente o futura non importa, purchè però non si prescinda dal concetto cardinale informatore della legge, la quale l'appellante ha, per necessità di tesi, voluto dimenticare che non è legge fiscale o di imposizione di tributi sugli immobili e sulle cose mobili che vi si contengono, per guisa che la sola loro esistenza dia titolo alla tassazione, ma è imposta personale sul reddito, dedotto dall'ammontare del valore locativo. E questo indice evidentemente si ritrae da un criterio tutto personale o relativo, in quanto che si presume un reddito complessivo cospicuo quando elevato è il valore locativo, e viceversa meno cospicuo, quando il valore locativo risponde appena o poco più alle esigenze materiali della vita. Ma nell'una come nell'altra ipotesi è ben evidente che il criterio non può ritrarsi se non da fatti od elementi ordinari della vita, non già da elementi contingenti e di natura al tutto transeunte.

È perciò che si ripete dovere il concetto di abitazione rispondere a questo carattere della destinazione attuale o futura, ma fissa, determinata ed esclusiva di alloggio in cui intenda di compiere le funzioni ordinari della vita, senza di che viene meno la materia tassabile.

Per quanto tale risoluzione della prima tesi sarebbe sufficiente a far respingere l'appello del Comune di Milano, la Corte trova tuttavia di esaminare in subordine anche la seconda, quella cioè diretta a ricercare se le case di salute, siccome stabilimenti industriali, non siano comprese nelle ipotesi di esclusione. L'appellante lo nega. È vero che nella comparsa conclusionale d'appello trattando la questione al § 4 egli volle omettere la specifica indicazione di stabilimenti industriali parlando ivi soltanto di opifici e magazzini, ma tale indicazione riportata nella conclusionale avversaria dall'art. 6 del regolamento e non impugnata dall'appellante deve ritenersi sussistente sia perchè egli stesso ne fece oggetto di disputa in primo grado, sia perchè rispondente all'articolo 17 del r. d. 28 giugno 1866 e all'art. 7 del decreto 31 genn. 1867 che assevera rifusi nel ricordato art. 6 del regol. comunale. Ma anche in argomento troppo ristretta si ravvisa la interpretazione data dal Comune di Milano alla voce *industria* limitandola a significare il lavoro di trasformazione di qualche materia prima o la fabbricazione di merci, bene a proposito essendosi già in altra sede osservato che anche tutte le imprese commerciali costituiscono vere e proprie industrie in quanto col somministrare e porre le cose a diretta portata dei consumatori, importano anch'esse un'apprezzabile creazione di valori.

Nè la qualità di impresa commerciale può disconoscersi alle case di salute, perchè il fornire cure e mantenimento agli ammalati a pagamento col fine di ritrarre da tale assistenza un lucro personale importa per necessità acquisto di merci allo scopo di rivenderle, atto sommo di commercio tassativamente contemplato dalla legge.

Ed è vano ripetere come fa l'appellante che il fine che caratterizza questi atti è quello esclusivamente di curare ed assistere gli infermi; questo potrà essere il fine mediato od indiretto, quello invece immediato e diretto è di fare una vera e propria speculazione, in ciò appunto consistendo la differenza fra le case di salute a pagamento e gli ospedali ove la cura gratuita e a titolo di beneficenza ne delinea le caratteristiche e le finalità volute erroneamente dall'appellante attribuire alle case di salute. Perciò anche sotto questo secondo riguardo l'appello è da rigettarsi.

Nessun ostacolo può trovare la domanda spiegata dagli appellati perchè colla conferma della sentenza del tribunale sia ordinato al Comune il pagamento anche delle

rate d'imposta pagate posteriormente alla sentenza medesima.

—

MILANO, 31 dicembre 1900 — *Pres.* Lado-Manca — *Est.* Godi — Garbini c. Orsoni.

Non è nulla la citazione pel semplice fatto che la designazione dell'attore si sia fatta col cognome e la sola iniziale del nome, se per varie circostanze il citato non possa restare in dubbio sulla persona dell'attore (1).

Primieramente si eccepisce la nullità della citazione introduttiva del giudizio per essere incerta la persona che citava.

È principio fermo che le irregolarità e le omissioni negli atti di citazione non producono nullità quando possa supplirsi con altra enunciazione e non vi sia incertezza sulla persona; la nostra Cassazione giudicò che anche l'errore incorso nel cognome del notificante non produce nullità quando non vi era alcuna incertezza sulla persona che notificava l'atto, e anche ultimamente disse valida la citazione fatta da un curatore di fallimento ad una persona indicata per nome e cognome sebbene la citazione stessa non contenesse il nome e cognome del curatore stesso.

Nel caso che ci occupa nella citazione si legge: « A richiesta di P. Orsoni gerente e amministratore della *Mode Française* di Parigi elettivamente domiciliato in Milano via Pietro Verri n. 20 nello studio dell'avvocato Ferruccio Foà ». Come si può dire vi sia incertezza nella persona che citava, per ciò solo che il nome dell'Orsoni fu indicato colla sola lettera P.? Tale mancanza non poteva poi produrre la minima incertezza quando si ponderi che il Garbini, come consta dagli atti in causa, era in continua corrispondenza coll'Orsoni quale amministratore del periodico *Mode Française* e che anzi con parecchie lettere si era rivolto a lui per ottenere dilazioni al pagamento del debito per cui veniva citato.

A chi legge la citazione sicuramente non poteva nascere incertezza sulla persona che citava, e molto meno tale incertezza poteva esservi per Garbini, atteso le circostanze suddette. Sta poi che la giurisprudenza anche di questa Corte ha ammesso il principio che quando si tratta di Ditte commerciali non vi ha incertezza sulla persona che cita quando con esattezza la Ditta stessa è indicata. Si direbbe pure che manca la prova che l'Orsoni avesse veste ad agire, ma in proposito basta osservare che il Garbini si rivolse sempre a lui per quanto si atteneva all'affare per cui oggi si domanda una somma sua, che per di più stanno agli atti tre sue lettere debitamente registrate nelle quali all'Orsoni dimanda proroghe pel pagamento del suo debito e gli promette che lo soddisferà fino all'ultimo centesimo e lo prega di perdonarlo se, per causa di malattia di cui fu affetto, non potè a tempo debito soddisfare ai propri doveri.

(1) Cfr. stessa Corte, 25 marzo 1896 in *Mon. Trib.*, 1896, 566. — GARGIULO, *Il cod. di proc. civ.*, sull'art. 145, IV (p. 550).

—

FIRENZE, 29 dicembre 1900 — *Pres.* Bandini — *Est.* Pianigiani = Parenti *utrinque*.

Il delirio paranoico va considerato come quell'abituale infermità che giustifica senz'altro il provvedimento della interdizione, *anche se sia alternato con periodi d'una relativa lucidità di mente* (1).

Giuseppe Parenti, poggiato al parere del dottor Giuseppe Bosi, medico alienista primario nel manicomio di questa città, e previo l'adempimento delle formalità di legge, con atto 22 luglio 1900, conveniva in giudizio avanti il tribunale locale il proprio fratello Luigi Parenti, già inabilitato, all'oggetto di farne pronunziare la interdizione per infermità di mente: ma il tribunale opinando che dalle risposte date dall'interdicendo all'interrogatorio deferitogli e dal voto del perito giudiziale signor dottor Pietro Grilli, non scaturisse la prova dell'abituale infermità della quale parla l'art. 324 c. c., respinse la domanda dell'attore con la di lui condanna nelle spese del giudizio.

Ben ponderati gli atti e documenti del primo giudizio, e pur prescindendo dal constatato pervertimento psichico alquanto ereditario nella famiglia dell'interdicendo e dalla marcata asimmetria del cranio di costui, fa meraviglia che il tribunale non trovasse la prova dell'abituale e grave malattia di mente di Luigi Parenti sufficiente ad interdirlo. Infatti costui alle parche e generiche domande a lui rivolte nell'interrogatorio ebbe a rispondere di credersi capace alla trattativa degli affari propri « perchè i pesi li conosceva ed un poco anche i generi e sperava giorno per giorno di acquistare anche pratica per poter fare migliori guadagni »; risposta davvero ingenua ed infantile per un vecchio commerciante la quale indica abbastanza la soppressione

(1) V. in arg. la bella monografia dell'ELLERO, in *Enciclopedia giuridica*, v. *Monomania*.

in lui del più rudimentale criterio amministrativo.

La perizia poi del dott. Grilli, espertissimo psichiatra, erudisce fra le altre cose come il pover'uomo vaneggi continuamente mormorando parole e dialoghi con gente immaginaria, la quale ritiene ne distorni la mente e lo perseguiti, e conclude coll'affermare che esiste in lui «un turbamento sensoriale di percezione, di criterio e di ragionamento gravissimo, abituale, insanabile, di natura degenerativa», e in altre parole, essere egli affetto da grave paranoia con delirio sistematico di persecuzione, a base fantastica e superstiziosa.

Ora la paranoia, siccome apprendesi dal dotto ed illuminato referto del perito stragiudiziale signor dott. Bosi, è una forma conosciuta e ben definita, forma eminentemente classica di alienazione mentale, la quale apporta, a senso dei più reputati alienisti, un profondo e durevole cangiamento nella personalità psichica, che suole manifestarsi con una morbosa comprensione ed elaborazione delle impressioni interne ed esterne: ed è su tal fondamento degenerativo che prendono radice varie immagini deliranti, come idee di grandezza, di litigiosità, di superstizione e specialmente di persecuzione come appunto quelle che assediano di continuo il Parenti. Ond'è che il delirio paranoico, come quello che ha un fondamento in una morbosa condizione organica dell' individuo spesso famigliare, come nel caso in esame, è un vero e proprio delirio cronico, quantunque intercalato da sprazzi di luce: simile a certe malattie di qualche organo vitale del corpo che sebbene permanenti e gravi, tuttavia concedono al paziente alternative di quiete.

Il tribunale quindi errò ritenendo trattarsi di un lieve ed intermittente stato d' infermità mentale, alla quale fosse più adatto e opportuno l'espediente della inabilitazione, mentre dagli atti istruttori assunti e dallo stesso interrogatorio giudiziale era dato rilevare il guasto enorme di criterio avvenuto nel cervello del Parenti, il quale aveva anche come precedenti l'essere stato ospite del manicomio altre tre volte nella sua vita, e la posteriore continua sorveglianza di lui per mezzo di un infermiere dell'ospedale; errò giudicando che per la interdizione occorra l'offuscamento completo e continuo della mente, vuoi perchè la transitoria lucidità non toglie la sostanza del male, che è sempre grave e profondo, vuoi perchè l'art. 324 c. c. parla di semplice abitualità, la quale è compatibile anche con lo stato di intermittente benessere.

P. q. m., ecc.

—

PALERMO, 29 dicembre 1900 — *Pres.* Masi — *Est.* Greco = Cattedrale di Piazza Armerina c. Ruggieri.

Il provvedimento di cui all'art. 379 c. p. c. deve essere chiesto e dato a pena di nullità dal presidente capo del collegio e non dal presidente della sezione che decise la causa (1).

Si deve esaminare la dedotta nullità dell'ordinanza di tassazione, perchè i fidecommissari sostengono che il presidente della sezione promiscua adìto era incompetente ad emetterla, e si doveva invece adire il primo presidente della Corte d'appello, e questi soltanto poteva emettere quell'ordine, a norma dell'art. 379 c. p. c.

Gli avvocati opposti pare che convengano che effettivamente sia il primo presidente che può rilasciare l'ordine di pagamento degli onorari dovuti dai propri clienti agli avvocati, perchè all'eccezione di incompetenza del presidente della sezione promiscua, sig. Fois, hanno risposto che la tassazione fu fatta dal presidente di sezione cav. Fois, perchè in aprile mancava il primo presidente.

In ogni modo, convengano o meno gli opposti nella tesi di diritto, cioè che sia il primo presidente della Corte colui che può rilasciare l'ordine di pagamento, di cui parla l'art. 379, è certo che una interpretazione differente a tale articolo di legge non si può dare, perchè, dicendo la legge « il presidente » senz'altra specificazione, si deve intendere il presidente capo del tribunale, o della Corte, presso cui la causa è stata agitata, e non già il presidente del Collegio che ha deciso la causa, perchè il presidente capo sempre trovasi in carica, mentre chi ha presieduto il Collegio decidente può essere anche un consigliere o giudice anziano. Ed in questo senso, in tesi di diritto, ha deciso questa stessa sezione di Corte, e non trova ragione nella specie della causa di ritenere diversamente, sia perchè nulla si oppone in tesi di diritto, sia perchè non è vero che nell'aprile 1899 il primo presidente della Corte mancava, e che la tassazione fu fatta dal presidente di sezione come funzionante da primo presidente.

Infatti nell'ordinanza di tassazione il signor presidente di sezione cav. Fois non firma come funzionante da primo presidente, bensì: « il presidente Fois ». E l'ordinanza viene emessa da « noi cav. uff. Emanuele Fois », presidente della Corte d'appello sezione promiscua. E quello che è assolutamente decisivo nel fatto è che l'istanza dei

(1) In senso contrario, MATTIROLO, *Trattato di dir. giud. civ.*, vol. IV, n. 239 (IV edizione).

signori avvocati Ruggeri e Gugino è diretta « all'ill.mo sig. presidente della Corte d'appello di Palermo, sezione promiscua ».

—

CASALE (Sede di rinvio), 6 novembre 1900 — *Pres.* Fochesato — *Est.* Avenati — Ditta Riva, Monneret & C. c. Fall. Scalenghe.

1. *Il privilegio del venditore di macchine, a sensi dell'art. 773 n. 3 cod. comm., sussiste anche quando l'acquirente le impieghi nell'industria di noleggiarle abitualmente ad altri industriali o agricoltori* (1).

2. *A nulla rileva, in riguardo, che le macchine siano state acquistate in vista dell'impianto di una industria nuova* (2).

3. *La trascrizione dell'atto da cui risulta la vendita e il credito di cui al suddetto art. 773 n. 3 c. comm. può essere validamente effettuata anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, purchè entro i tre mesi dalla consegna* (3).

Non è contestato il credito della Ditta, bensì si contende sul carattere di privilegiato di tale credito, onde si deve esaminare se l'industria dello Scalenghe, quale la si pretende sussistesse dalla ditta Riva-Monneret, costituisca un'industria agricola contemplata nell'art. 773 n. 3 c. comm.; se nella specie si abbia senz'altro la prova dell'esercizio della industria da parte dello Scalenghe, o sieno da ammettersi le prove dedotte dall'appellante; se poi tali prove (per sè conchiudenti) non vengano ad essere inammissibili, perchè il privilegio preteso dalla Ditta sia tolto di mezzo per la sua inefficacia stante la tardiva iscrizione e per la nullità della vendita delle macchine, a senso dell'art. 709 n. 4 c. comm.

L'industria che si attribuisce allo Scalenghe sarebbe costituita nel noleggio ch'egli avrebbe fatto delle macchine da esso acquistate, a più persone, dalle quali poi si eserciva la trebbiatura.

L'esercizio delle macchine relativamente ai lavori dei campi costituisce l'industria agricola, e questa comprende le diverse manifestazioni dell'attività umana dirette all'impiego delle macchine, speculando sull'impiego stesso; onde anche il noleggio delle macchine può costituire industria a senso del citato articolo, sebbene tale industria sia effettivamente da altri esercitata, come non vien meno il carattere commerciale di impresa di forniture, se questa viene sublocata.

Nella specie col capitolo dedotto si vuole provare il noleggio da parte dello Scalenghe, e l'interessamento ch'egli aveva all'esercizio, oltre che per il canone, anche per la somministrazione dell'olio, carbone e tele, onde si avrebbe un concorso continuo d'assistenza alle opere da determinare anche la partecipazione dello Scalenghe all'esercizio.

Nè è da ammettersi esclusa per il noleggio di macchine l'applicazione dell'art. 773 n. 3 c. comm. perchè mancherebbe la fissità della macchina stessa; invero è questa una circostanza che può creare delle difficoltà nell'accertamento delle cose, ma ciò viene superato dalla diligenza degli interessati, i quali, tenendo conto della sede principale degli affari dell'industriale e colla vigilanza possono avere le necessarie nozioni sull'appartenenza delle macchine e sul pagamento del loro prezzo; certo poi queste difficoltà derivanti dal trasporto delle macchine e dalla diversità del luogo in cui possono trovarsi, non è circostanza che faccia venir meno il carattere d'industria agricola, e quindi la sussistenza del privilegio relativo, una volta che nel complesso dei fatti costituenti il noleggio delle macchine si ravvisa quell'industria dalla legge contemplata.

Allo stato degli atti non si hanno elementi per ritenere stabilito od escluso l'esercizio dell'industria anzidetta; si prestano infatti ad incerta interpretazione gli atti del fallito, dacchè si legge nelle relazioni del curatore come il commercio d'uova e pollami esercito dallo Scalenghe dal 1896 procedesse regolarmente finchè non si diede ad affari esagerati, e perciò a mutui, che gli portarono sbilancio; indi per sopperire alle esigenze finanziarie si sarebbero intraprese arrischiate speculazioni, per modo che fin dal principio del 1898 è impossibile seguire lo Scalenghe nelle varie operazioni rovinose e fraudolente in danno delle primarie ditte d'Italia e per somme considerevolissime, il che tutto avveniva d'accordo con una banda d'avventurieri, onde poi le sottrazioni e distrazioni di merci, che necessitarono il sequestro presso i terzi, ritenendosi i depositari quali complici dello Scalenghe.

Quanto alle macchine della ditta Riva-Monneret non risulta provato che fossero date in affitto per la trebbiatura: così si afferma da un tal Veglio presso cui furono trovate, ma ciò si contesta dal curatore, e il contegno del Veglio, che si disinteressò affatto di quegli oggetti, non rende già inverosimile l'opinione del curatore.

Sta vero che dagli atti del fallimento si rileva di acquisti di carbone ed olio, ma non appare di alcuna fornitura di tali merci ai

(1-3) Vedi in argomento le sentenze 2 giugno 1899 della Corte d'appello di Torino, e 3 marzo 1900 della Cassazione di Torino, rese nella medesima causa e inserte in *Filangieri*, 1900, 67, 444.

conduttori delle macchine; un contratto di locazione di trebbiatrici sarebbe stato conchiuso tra lo Scalenghe ed un tale Bonaudo, ma ciò posteriormente all'acquisto fatto dalla ditta Riva-Monneret e per macchine provviste da altri.

Pertanto sta che non risulta dai conti del fallimento di alcuna utilità ritratta per il noleggio delle macchine, ma l'amministrazione della fallita si è svolta all'infuori del concorso del fallito, per modo che della gestione commerciale dello Scalenghe si ha quanto si è potuto conoscere per rapporti dell'autorità di pubblica sicurezza e per informazioni assunte dal curatore, onde non è escluso che altri affari abbia trattato lo Scalenghe oltre a quelli già apparenti nella procedura del fallimento.

Occorre quindi prendere in considerazione i capitoli di prova testimoniale dedotti dalle parti, osservando che qualora si ritenessero concludenti i capitoli di cui nelle conclusioni dell'appellante per stabilire l'esercizio dell'industria e quelli dedotti dalla fallita per escludere quell'esercizio, sempre dovrebbe quella prova essere ammessa, essendo libero alle parti di addivenire a determinate prove, anche quando a tale proposito non vi fosse in causa alcuna utile risultanza.

La concludenza della prova dedotta dalla parte appellante è contrastata dal curatore, perchè non è diretta a stabilire come il preteso esercizio dell'industria già fosse in atto allorchè si fece l'acquisto delle macchine dalli Riva e Monneret, nè poi si contiene nei capitoli dedotti alcun accenno relativo all'intelligenza che deve esistere fra compratore e venditore circa l'impiego delle macchine acquistate.

Quanto al non accennarsi nel capitolo al tempo in cui l'esercizio fu posto in atto, non appare difettosa la deduzione; invero non è estremo imposto dalla legge che lo stabilimento sia già in funzione al momento dell'acquisto delle macchine, onde il privilegio, riguardo a queste, abbia vita, ma devono invece le macchine essere impiegate nello stabilimento, e quindi possono anche essere solo destinate all'impianto dell'industria. Del resto nelle stesse considerazioni esposte dalla ditta Riva-Monneret nell'aggiunta alla conclusionale, non si dà già alla prova dedotta una portata così ristretta quale si ritiene dalla parte appellata, giacchè si dichiara che l'ammissibilità della prova deriva appunto dalla larghezza della dizione usata, nella quale si comprendono acquisti precedenti, fatti di destinazione all'industria anteriori all'acquisto dalla ditta Riva-Monneret, onde anche per l'espresso proposito della parte deducente la prova non è fondato l'appunto della parte appellata.

Nemmeno ha valore il secondo rilievo fatto alla deduzione; esso è fondato sulle considerazioni esposte nella sentenza della Corte Suprema, secondo le quali si ritiene che le macchine possano essere destinate anche ad uno stabilimento tuttora non aperto e che il venditore non sia tenuto ad accertarsi che le macchine siano effettivamente impiegate nello stabilimento, ma debba esservi l'intelligenza fra compratore e venditore che le macchine non fossero vendute, ma impiegate nell'esercizio dell'industria.

Ora sia pure che tra i contraenti debba esservi la scienza della destinazione delle macchine, ed è questa una circostanza che si deduce dai dati di fatto, e cioè dalla destinazione effettivamente seguìta (quale si deduce a prova), dal differito pagamento (nel che è implicito il concetto di una garanzia per il regolare funzionamento delle macchine), dalla registrazione del contratto (per darvi data certa, onde procedere poi alla trascrizione del contratto stesso), per il che tutto rimane escluso il concetto d'una vendita per rivendere, ed appare invece il proposito di impiegare le macchine acquistate.

Se è ammissibile la prova dedotta dalla parte appellante, così pure è da riconoscersi quanto alla prova di cui nelle conclusioni della parte appellata; invero, sta bensì che nel capitolo 1.° si accenna a professione abituale dello Scalenghe di negoziante in pollami, il che non importerebbe doversi riconoscere impossibile l'esercizio dell'industria della trebbiatura, ma la rilevanza del capitolo, come prova contraria, sta nel dedursi che la detta professione del fallito fu sempre ed esclusivamente da esso esercita, onde rimane esclusa quell'industria che si afferma dalla ditta Riva-Monneret.

Ed è anche rilevante il 2.° capitolo dedotto dalla fallita, perchè diretto a spiegare il contegno del Veglio, detentore delle macchine, il che è interessante per stabilire la serie delle affermazioni da esso fatte, riguardo alla locazione da esso convenuta delle macchine, ed è poi indispensabile tale pratica, attese le dubbiezze che nascono al riguardo per le risultanze della procedura di fallimento, nella quale si accenna a che i depositari delle merci sarebbero stati complici nelle frodi del fallito.

Dovendosi per le premesse considerazioni ammettere le prove dirette allo stabilimento dei fatti, si devono ora esaminare le altre questioni proposte dalla fallita, perchè qualora esse fossere risolte nel senso instato dall'appellante, sarebbe inutile l'esecuzione della prova, giacchè per altri motivi la domanda della Ditta risulterebbe fin d'ora infondata; così sarebbe qualora si negasse ef-

ficacia alla trascrizione del contratto, seguìta il 22 luglio 1898, cioè pochi giorni dopo la dichiarazione di fallimento dello Scalenghe.

A senso dell'art. 773 n. 3 c. comm., è accordato il privilegio sui mobili per il credito del prezzo non pagato delle macchine impiegate negli esercizi di industrie manifatturiere od agricole, ma tale privilegio non ha effetto se il venditore non abbia, entro tre mesi dalla consegna delle macchine al compratore, fatto trascrivere il documento da cui risulti la vendita ed il credito.

Dai termini della legge si evince che, sorto col contratto il diritto di privilegio, sorge del pari il diritto di attuarlo colla trascrizione pendente i tre mesi, onde il privilegio costituisce un diritto quesito, la sua realizzabilità dipende dalla trascrizione, e questa però deve apprestarsi nei termini di legge, cioè con la trascrizione entro tre mesi.

Nei termini entro cui è stabilito, il privilegio deve essere rispettato e non è ammissibile che per circostanze estranee all'opera dei contraenti venga menomato il diritto o la sua attuazione. Ora se è vero che in forza della dichiarazione di fallimento sia pareggiata la condizione dei creditori, questa però non viene menomata, onde se il diritto di privilegio in quel momento esiste, devono ad esso riconoscersi quelle facoltà attribuitegli dalla legge e così la trascrizione entro tre mesi; questi sono i termini insuperabili, così che il diritto di trascrizione forma un tutto solo col tempo assegnato per la trascrizione, onde in qualunque giorno fu eseguita la trascrizione, purchè nel termine di tre mesi, il privilegio ha effetto. Pertanto essendosi nella specie verificata la trascrizione nel termine di tre mesi, deve riconoscersi l'efficacia del privilegio, appena osservando come la data della registrazione del contratto 9 maggio 1898 e quella della consegna 20 giugno stesso anno, non sono punto impugnate dalla fallita.

P. q. m., la Corte in riparazione, ecc.

—

PALERMO, 15 settembre 1900 — *Pres.* ed *Est.* Fois = Santocanale c. Polar.

È eseguibile in Italia la sentenza straniera che pronunzia il divorzio fra stranieri, conformemente al loro statuto personale (1).

(1) In senso contrario, ma a torto, secondo il nostro modo di vedere, Cass. Torino, 21 novembre 1900, in questo *Filangieri*, 1901, 37 colla nota e i richiami.

La signora Maria Santocanale, nativa di Palermo, nel 30 giugno 1892 contrasse matrimonio in Palermo stesso col dottor Giovanni Polar nato e domiciliato a Breganzona (Svizzera) ed ivi condusse la moglie.

Tale unione fu male augurata. Sin dal principio regnò la discordia fra i coniugi, e crebbe al punto da essere impossibile la convivenza. La Santocanale fece istanza di divorzio, il marito fu d'accordo, ed il tribunale di Lugano, con sentenza 22 febb. 1899, in applicazione dell'art. 76 c. c. del Cantone Ticino e 45 della legge federale, accolse l'istanza e dichiarò sciolto il matrimonio da loro celebrato il 30 giugno 1892.

Passata tale sentenza in cosa giudicata, il Polar non tardò a procurarsi altra moglie, ed il 21 febb. 1900 contrasse matrimonio a Lugano colla signorina Fraschina Maria Luigia.

La Santocanale rimasta libera, citato regolarmente il Polar, chiede che la sentenza del tribunale di Lugano sia dichiarata esecutiva in Italia colle conseguenze di legge. Il Polar, con sua lettera datata Breganzona 31 luglio 1900 e debitamente autenticata, dichiara aver ricevuto la citazione spinta dalla Santocanale e ritenere non necessario il suo intervento non trattandosi che di legalizzare la sentenza del tribunale di Lugano, ed autorizzava la produzione della lettera stessa in giudizio.

Quindi non costituì procuratore e all'udienza in cui venne la causa a discussione, il procuratore della Santocanale lesse le soprascritte conclusioni conformi all'istanza introduttiva del giudizio ed il P. M. conchiuse oralmente per accogliersi l'istanza.

L'art. 941 cod. proc. civ. per dare forza esecutiva in Italia alle sentenze dell'autorità giudiziaria straniera richiede le seguenti condizioni:

1.° che la sentenza sia stata pronunziata da una autorità giudiziaria competente;

2.° che sia stata pronunziata, citate regolarmente le parti;

3.° che le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci;

4.° che la sentenza non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno.

Di queste condizioni, le prime tre si attengono al rito, e pel principio di diritto pubblico internazionale riconosciuto coll'articolo 10 disp. prel. c. c., la competenza e le forme del procedimento sono regolati dalla legge del luogo in cui seguì il giudizio. Ora per le disposizioni degli art. 77 e seg. c. c. della Repubblica e Cantone del Ticino non resta dubbio sulla competenza del tribunale di Lugano nella cui giurisdizione è il domicilio del signor Polar, e le

altre due condizioni di citazione regolare e di legale rappresentanza delle parti in giudizio emergono dagli atti prodotti e dalla sentenza cui vuol darsi la forza esecutiva.

E passando alla quarta condizione, che si attiene al merito, essa obbliga il magistrato ad esaminare anche d'ufficio se la sentenza straniera sia nelle sue disposizioni contraria all'ordine pubblico od al diritto pubblico interno del regno, e nella specie l'esame versa sulla questione se la sentenza del tribunale straniero che nella sua giurisdizione, e a norma delle sue leggi, pronunciò il divorzio fra cittadini del luogo, possa ottener forza esecutiva nell'Italia ove il divorzio non è ammesso.

Si premette in proposito che la Santocanale, nata in Italia, pel matrimonio contratto col Polar cittadino svizzero, è divenuta straniera come è dichiarato nell'art. 14 c. c. ital. ed acquistò la cittadinanza del marito per l'art. 16 c. c. del Cantone del Ticino.

La sentenza di divorzio dunque fu pronunziata fra stranieri, e non può contrastarsi che lo stato, la capacità delle persone, i loro rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione alla quale esse appartengono (art. 6 disp. prel. c. c.), come pure che lo stesso codice civile contiene, relativamente al matrimonio, speciali disposizioni per gli stranieri (art. 102, 103): se non che nelle disposizioni preliminari del nostro codice trovasi l'art. 12 che non ostante la disposizione dell'art. 6 che lo precede, vieta derogare alle leggi proibitive del regno che concernono le persone, i beni o gli atti, ed a quelle riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume, e fra queste leggi proibitive (relativamente al caso in esame) vi è la disposizione dell'art. 148 stesso codice.

Però questa Corte ritiene che il citato articolo 148 non sia di ostacolo nel caso in esame.

Le leggi proibitive del regno pei fatti che compionsi all'estero non possono colpire gli stranieri, ma soltanto gl'italiani. Il patrio legislatore non ammettendo il divorzio dispose nell'interesse tanto dell'ordine delle famiglie quanto dell'ordine pubblico. Ora le disposizioni d'ordine privato si applicano al cittadino italiano benchè trovisi all'estero, poichè il suo stato, la sua capacità e i suoi rapporti di famiglia sono sempre governati dalla legge patria, ma non agli stranieri, e le leggi di ordine pubblico possono applicarsi agli stranieri quando trovinsi in Italia, giammai possono colpirli stando nella patria loro.

Le diverse disposizioni sul matrimonio relativamente agli stranieri devono intendersi in armonia tra loro, e così l'art. 103 spiega ciò che poteva esser discutibile pel citato art. 12. Nell'art. 103 allo straniero che intende contrarre matrimonio in Italia si impone di presentare all'ufficiale di stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese a cui appartiene dalla quale consti che giusta la legge da cui dipende nulla osta al divisato matrimonio. Il legislatore chiede il solo nulla osta, e non ammette la ricerca della causa per cui lo straniero è libero: basta che sia libero secondo la legge del suo paese. Il legislatore conosceva abbastanza le diverse legislazioni estere che ammettono il divorzio, ben sapendo che il nulla osta si sarebbe sempre rilasciato nei paesi ove il matrimonio si scioglie per altra causa che non è la morte: aggiungasi che coll'art. 102 c. c., dopo aver confermato il principio dell'art. 6 disp. prel. c. c., si assoggettò lo straniero che vuol contrarre matrimonio nel regno agli impedimenti stabiliti nella Sezione II del capo 1.° del titolo del matrimonio ove sta l'art. 56 pel quale non può contrarre altre nozze chi è vincolato da precedente matrimonio. Sembra evidente che ove l'art. 148 si fosse voluto dal legislatore estendere agli stranieri, il nulla osta semplice viene in urto colla disposizione dell'art. 56 la cui violazione anzi costituisce il delitto previsto dall'art. 359 c. p.

Si osserva in ultimo, che, col dare forza esecutiva alla sentenza straniera di divorzio, come nella specie, in nessun modo può dirs compromesso l'ordine pubblico.

Il magistrato non fa che constatare un fatto avvenuto all'estero in forza della legge straniera e ritiene sciolto il matrimonio e liberi i coniugi, quando giuridicamente e legalmente fu sciolto secondo la legge che doveva regolarne i rapporti di famiglia. In altri termini il magistrato non fa altro che riconoscere lo stato acquisito dallo straniero che lo invoca, nè con ciò deroga alle leggi del regno il di cui impero non può estendersi allo straniero.

E pertanto, non ostando le leggi del regno, crede la Corte accogliere l'istanza della signora Santocanale, e dare forza esecutiva alla sentenza del tribunale di Lugano, ma essendo le sanzioni della Corte nel giudizio di delibazione circoscritte dall'art. 941 c. p. c. al solo esame in esso articolo indicato, non è il caso di ordinare all'ufficiale di stato civile di Palermo l'opportuna annotazione, che sebbene sia conseguenza della sentenza alla quale si dà forza esecutiva, ove sorga controversia sull'annotazione stessa, altra è la via da seguire.

—

CATANIA, 21 luglio 1900 — *Pres.* Di Marco — *Est.* Perretti = Frataccia c. Comune di Catania.

1. *L' Amministrazione pubblica che abbia aperto un concorso per la nomina o la promozione di taluni impiegati fissando le norme e gli effetti del concorso medesimo, non può poi derogare a tali norme o modificare tali effetti senza rispondere dei danni per la lesione dell'altrui diritto* (1).

2. *In tal caso il danno va ragguagliato allo stipendio o parte di stipendio non potuto ottenere* (2).

Il 15 luglio dell'anno 1897 il Regio commissario del Comune di Catania indisse un concorso pei posti vacanti di commesso di II classe nell' amministrazione daziaria della medesima città (posti che erano in n. di 15), ed ai sensi dell' analogo regolamento organico, approvato il 21 maggio anteriore dalla Giunta prov. amm., dispose che detto concorso dovesse aver luogo fra i verificatori e le guardie in servizio effettivo nell'amministrazione in parola; il che escludeva le guardie provvisorie.

Con deliberazione però del 24 stesso mese di luglio, il prefato R. commissario, nelle veci della disciolta Giunta comunale, cui trovavasi demandato dal pur disciolto Consiglio cotesto incarico, nominò guardie effettive di III classe, ben 116 delle provvisorie; fra cui Aiello Alfio, Giordano Barnaba, Musumeci Francesco, Mazzola Alessandro, Nicolosi Francesco e Pistone Fortunato, i quali furono dei 52 ammessi al concorso di cui sopra (effettuatosi nei prefissi giorni 27, 28 e 29 luglio) sebbene la deliberazione di loro nomina non ancora fosse stata resa esecutiva dal visto prefettizio, appostovi soltanto il giorno 1.° del successivo agosto.

Furono dei concorrenti eziandio (fra altre guardie effettive) gli attuali appellanti Frataccia, Toullier, Petit e Cantarella, i quali per inferiori punti di merito riportati nelle prove scritte ed orali, si ebbero nell'analogo elenco di classifica, gradi posteriori a quelli ottenutivi dagli altri sei concorrenti sopra indicati, che ad eccezione del Musumeci, vennero dal R. commissario in parola compresi fra i 15 concorrenti che egli nominò commessi di II classe con sua deliberazione 31 stesso mese di luglio, val dire anteriore anch'essa, benchè di un giorno solo, al prementovato visto prefettizio.

Gli appellanti in parola scorsero essere stati lesi, per codesti atti amministrativi, il diritto loro garantito e dall'art. 18 nel prefato regolamento organico, e dall'analogo bando di concorso di cui sopra; e convennero il Comune di Catania appo il locale tribunale civile, affinchè subisse condanna a corrispondere a ciascuno dei quattro il correlativo indennizzo, rappresentato dalla differenza fra l'attuale loro stipendio da guardie di III (annue L. 756) e lo stipendio da commesso di II classe (annue L. 1400); ossia L. 644 all'anno. La loro domanda però non incontrava fortuna nè in prima nè in seconda istanza, dappoichè il prefato tribunale rigettavala, per averli ritenuti carenti di diritto e di azione in proposito, e la seconda Sezione di questa Corte, con sentenza 29 luglio 1898, respingeva il loro appello, confermando l'impugnata sentenza 29 aprile stesso anno. Ma il Supremo Collegio di Palermo, su ricorso dei soccombenti, emise decisione 25 genn. 1900 d' annullamento della precennata confermativa pronunzia, e di rinvio della causa a questa II Sezione per nuovo esame e per provvedere eziandio sulle spese del giudizio di Cassazione.

Questa Corte di rinvio osserva che le norme regolamentari precostituite in ordine ai concorsi pel conseguimento d'impieghi in qualsivoglia ramo di amministrazione dei diversi enti morali, sono obbligatorie anche per l'ente che le ha dettate e mantenute in vigore; e generano rapporti perfettamente contrattuali fra esso ed i controinteressati; laonde tosto che da parte di questi ultimi si è adempito alle condizioni tutte che per regolamento furono dall'ente prestabilite a che conseguire si potessero i posti messi a concorso, sorge incontestabile pei concorrenti che secondo le prefisse norme vinsero la gara, il diritto al promesso corrispettivo; e quindi nell'ente il correlativo obbligo a corrisponderlo in loro favore chiamandoli a coprire i posti per essi vinti, o retribuendo in coerenza l'opera che per avventura gli prestassero in più modesti impieghi. L'ente è bensì libero di dettare le condizioni e le norme che stimi più opportune ed anche di modificarle a tempo debito dove occorresse; ma fissati ch'ei l'abbia, ed osservate che siano dagl'interessati, non possono non essere produttive di effetti giuridici obbligatori riguardo all'ente stesso.

Ciò maggiormente è vero quando trattasi di regolamenti organici relativi ad alcuna classe d'impiegati; perocchè fra questi e la pubblica amministrazione formasi, al momento dell'assunzione in servizio, un vero rapporto contrattuale; ed i mentovati regolamenti stanno appunto *ad instar contractus;* segnano bensì gli obblighi degli impiegati,

(1) Pei precedenti di questa causa, v. Cass. Palermo, 25 gennaio 1900 in *Filangieri*, 1900, 363, che annullava la sentenza 29 luglio 1898 della Corte di Catania, riferita pure in *Filangieri*, 1899, 217 nota. Ora l'Appello catanese, in sede di rinvio, si uniforma e con ragione al giudicato della Corte regolatrice.

ma in contempo ne garentiscono e ne assicurano i diritti. Sarebbe altrimenti sconvolta affatto l'uguaglianza nei rapporti di cui sopra; e si riuscirebbe nell'assurdo, ammettendo per poco che, obbligatorie da un canto per l'impiegato le norme concernenti i suoi doveri, restassero dall'altro facoltative per la pubblica amministrazione quelle attinenti ai di lui diritti.

Nella specie l'anzicitato art. 18 del regolamento organico espressamente prescrive:

« I commessi di II classe sono nominati a concorso fra i verificatori e le guardie ». È che vi si parli di guardie effettive non è messo in dubbio neppure da parte del Comune; nè diedevi diversa interpretazione il regio commissario nel formolare il bando di concorso del quale innanzi è parola, e che accennò appunto a guardie in servizio effettivo.

In danno degli attuali appellanti fu dunque violato e regolamento e bando di concorso, o meglio il diritto che in virtù dei medesimi già avevano acquisito (d'avere ad emuli esclusivamente verificatori e guardie effettive) allorquando, pochi giorni prima che avessero principio gli esami di concorso, e propriamente al 24 luglio, lo stesso R. commissario nominò guardie effettive le 116 guardie provvisorie: e più dappresso ancora quel diritto fu violato quando si ammisero al concorso parecchie delle guardie, la cui nomina non aveva ancora acquistata legale efficacia, perchè non trovavasi vistata dal prefetto la relativa deliberazione. E non si dica che nel concreto caso il visto prefettizio non fosse necessario, e che altronde essendo stato in poi apposto alla detta deliberazione 24 luglio, avesse tutto sanato retroagendo fino a tale giorno; nè si obbietti infine che, pur eliminati dal concorso gl'intrusi, il Frataccia e i suoi consorti in lite non subentrerebbero nei primi 15 gradi utili di classifica.

Il visto era necessario perchè non trattavasi di mera passiva esecuzione del precedente deliberato consigliare (art. 188 legge com. e prov. testo 1898) bensì di cernita e scelta che la Giunta comunale, e per essa il R. commissario, far doveva delle guardie da nominare. L'asserta retroattività del visto medesimo è poi un paradosso il quale mal si regge di fronte al principio, che siccome mezzo di esercizio dell'autorità tutoria e della vigilanza governativa, esso concerne non la sola forma, bensì ancora la sostanziale essenza delle deliberazioni che vi sono soggette (art. 189 n. 2 legge sopra citata). Ammettere codesta retroattività sarebbe lo stesso che annullare il posteriore art. 191, il quale solennemente proclama, che la deliberazione diventa esecutiva se rimandata col visto del prefetto; e immediatamente esecutoria non sia, se non in determinato caso, affatto speciale ed eccezionale, che non è già quello del quale ora si tratta.

È flagrante contraddizione in termini parlare di bando per concorso, e poi sostenere che non vi fosse determinato il numero dei posti pei quali il concorso bandivasi. È pretesa codesta, la quale smentiscesi da sè medesima, imperocchè quella determinazione è di essenza assoluta ed imprescindibile, onde il concetto di concorso possa sussistere. E nel suo bando del 15 luglio 1897 il R. commissario facevala abbastanza codesta determinazione, coll'accennare ai posti vacanti di commesso di II classe, giacchè a tutti gli impiegati daziari interessati (verificatori e guardie effettive), come all'amministrazione comunale, era ben noto che quei posti erano non più nè meno di 15; e 15 infatti ne furono provvisti di titolare, immediatamente dopo il concorso, come su è detto.

Ora secondo i punti di merito ottenuti in quegli esami, gli attuali appellanti stati sarebbero fra i primi 15 approvati, se non si fosse tenuto conto dei sei intrusi Ajello, Giordano, Musumeci, Mazzola, Nicolosi e Pistone. Dunque la violazione del vincolo contrattuale che dal regolamento organico e dal bando di concorso emergeva, e pel quale il Comune già trovavasi obbligato ineluttabilmente verso essi Frataccia e consorti, produsse a danno di costoro la lesione di un vero e proprio loro diritto, definitivamente acquisito anche col numero di suffragi che ottennero nelle prove a cui si esposero, di esami scritti ed orali; lesione donde scaturiva l'azione pel risarcimento dei danni interessi, giusta gli art. 2 e 4 della vigente legge sul contenzioso amministrativo.

Sotto ogni riguardo adunque devesi revocare l'appellata sentenza, e condannare il Comune di Catania, in pro degli appellanti, al chiesto indennizzo nella misura dianzi indicata, ed inoltre alla domandata restituzione e rivalsa di spese.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

7 novembre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Adami = Franchi.

1. *Non commette alcun reato il sacerdote cattolico che per motivi religiosi e non politici rifiuta ad alcuno i sacramenti.*

2. *Nè codesto rifiuto potrebbe essere considerato come ingiuria per essere avvenuto pubblicamente.*

Nella ricorrenza ultima pasquale Maria Trombetta, recatasi alla parochia di Tornolo, di cui è titolare il don Franchi, si inginocchiò davanti l'altare in fila cogli altri fedeli per ricevere l'Eucaristia. Senonchè accadde che il paroco don Franchi, dopo avere amministrato il Sacramento a certa Maria Clotilde, mentre costei fece atto di allungare alla sua vicina Trombetta la *patena*, se ne impossessò, posandola nelle mani di altra donna inginocchiata dal lato opposto della Trombetta, la quale perciò non potè, a vista di tutti, ricevere la comunione.

Per questo fatto, ritenuto ingiusto, si querelò la Trombetta, ed il paroco fu inviato al giudizio del pretore di Bedania, onde rispondere del delitto previsto dall'articolo 395 c. p., in relazione all'art. 184 stesso codice. Il pretore con sentenza 12 luglio 1900, ritenuta la sussistenza del reato d'ingiuria, condannò il Franchi alla multa di lire 30. Se ne appellava il don Franchi, ed il tribunale di Borgotaro, con altra decisione 15 agosto successivo, confermò il giudicato.

Contro quest'ultima sentenza ora ricorre il don Franchi, denunziandola per i seguenti mezzi:

1.° Violazione dell'art. 17 della legge 13 marzo 1871 sulle prerogative del Sommo Pontefice e della Santa Sede e sulle relazioni dello Stato con la Chiesa; nonchè degli art. 184 e 395 c. p., perchè, ritenendo la sentenza che l'amministrazione dei sacramenti da parte del prete cattolico costituisce un atto spirituale insindacabile del potere civile, la sentenza stessa doveva dichiarare che il fatto addebitato alla querelante non costituiva reato;

2.° Violazione dell'art. 323 n. 3 c. p. p. in relazione al citato art. 395 c. p., perchè la sentenza, nei suoi motivi, enuncia proposizioni contradditorie, riconosce, cioè, che il ricorrente, rifiutando la Eucaristia, era nel suo diritto, poi prescrive le modalità sotto le quali quel diritto doveva esercitarsi; di più fa consistere il dolo nella circostanza che il ricorrente non poteva ignorare le conseguenze del suo operato nei rapporti del pubblico, mentre, anche ammesso l'avviso preambolo dato con prudenza alla Trombetta, se costei si fosse presentata per ricevere il sacramento, il preteso scandalo sarebbesi egualmente verificato.

Basta porre a confronto le disposizioni dell'abolito codice penale e quelle del codice vigente, per convincersi che il rifiuto da parte del prete cattolico di amministrare i sacramenti, determinato da motivi religiosi, non politici, non può costituire reato. Nel codice italiano infatti, andato in vigore il 1.° genn. 1890, non solo non è stata riprodotta la disposizione dell'art. 268 c. p. sardo, che elevava a reato il detto rifiuto, allorquando avesse turbato la coscienza pubblica o la pace delle famiglie, ma gli abusi, di cui possono rendersi responsabili i ministri dei culti nell'esercizio delle loro funzioni, vennero tassativamente circoscritti ai casi previsti negli art. 182 e 183, del tutto estranei alla fattispecie in esame. Con che il codice stesso altro non fece che sanzionare sotto nuovo forma un principio del nostro diritto pubblico, già solennemente affermato colla legge 13 maggio 1871 sulle guarentigie della Santa Sede e sulle relazioni dello Stato colla Chiesa, disponendosi in essa, all'art. 17, che in materia spirituale e disciplinare non è ammesso richiamo od appello contro gli atti dell'autorità ecclesiastica.

La impugnata sentenza non disconosce l'enunciato principio, ma stima di decamparne per le modalità del rifiuto, inquan-

tochè, essendo pubblicamente avvenuto, avrebbe recato offesa alla riputazione ed al buon nome della querelante. Ma la erroneità di questo concetto è manifesta, dappoichè il modo in questo caso si confonde coll'essenza dell'atto, e cioè col rifiuto, ed anzi lo costituisce; per guisa che, se nel rifiuto non vi è un reato, ma l'esercizio di un diritto, non è lecito introdurre distinzioni, le quali si risolvono nella negazione del medesimo diritto.

L'accoglimento del primo mezzo del ricorso dispensa la Corte dall'occuparsi del secondo.

P. q. m., la C. S. cassa senza rinvio per inesistenza di reato.

—

15 settembre 1900 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Locci Salis — Antinori.

1. *Per decidere sul diritto a far cancellare una imputazione dai registri penali, si deve aver riguardo non soltanto alla formola dispositiva, ma anche ai motivi della relativa pronunzia.*

2. *Anche una pronunzia di non luogo con formola finale di* insufficienza d'indizi, *può pertanto chiarirsi e ritenersi di* inesistenza di reato.

Antinori Gaetano, ufficiale dell' esercito in ritiro, residente in Terranova di Sicilia, nell' anno 1899 veniva, a querela della concittadina Maria Lombardo, imputato di diversi reati, e cioè di violenza carnale in persona di essa Lombardo, di uso di mezzi diretti a procurare a costei l'aborto, e finalmente di privazione della libertà personale, commessa anche questa in di lei danno.

Con ordinanza della Camera di consiglio, il tribunale di Caltanissetta, nel 29 dic. detto anno 1899, dichiarava non luogo a procedere nei riguardi dell'Antinori pei due ultimi titoli, cioè quello della supposta privazione della libertà personale della Lombardo, per inesistenza di reato, e l'altro, di tentato uso di mezzi diretti a procurare l'aborto per insufficienza d'indizi, rinviandolo a giudizio dello stesso tribunale pel titolo di violenza carnale, pel quale poi il detto tribunale di Caltanissetta, con sentenza 22 marzo ultimo scorso — divenuta oramai irrevocabile — dichiarò pure non farsi luogo a procedimento per inesistenza di reato.

Dopo ciò l'Antinori promosse istanza avanti il tribunale più volte ripetuto, per la cancellazione dai registri del casellario anche della imputazione, per la quale erasi dichiarato in precedenza non luogo per insufficienza di indizi, allegando che la formula usata dalla Camera di consiglio nella sua ordinanza era contradditoria alle risultanze degli atti od agli stessi considerandi della ordinanza stessa, in quanto, mancata la prova della generica circa la idoneità dei mezzi adibiti per procurare l'aborto, la formula che l'ordinanza avrebbe dovuto usare era quella invece, di non luogo per «inesistenza di reato» e non di «insufficienza d'indizi», applicabile questa solo al caso in cui, assodata la generica, sia rimasto dubbio circa la prova della specifica responsabilità dell'imputato.

Però la Camera di consiglio, preoccupandosi unicamente del materiale dispositivo della ordinanza 28 dic. 1899, in relazione all'art. 604 c. p. p., senza curarsi di scendere all'esame della quistione sollevata dall'istante Antinori, rigettò la domanda di costui.

Il quale però, fatto il regolare deposito, si rivolge a questa Suprema Corte, implorando l'annullamento di quella ordinanza avente la data del 5 giugno scorso, e ciò per l'unico motivo di difetto di motivazione, mezzo questo che più acconciamente svolse il difensore del ricorrente alla presente udienza, assumendo che, in base alla prova emergente dalla stessa ordinanza impugnata, la dichiarazione di non luogo era basata sull'inesistenza di reato, per manco della generica, e quindi il tribunale di Caltanissetta avrebbe dovuto far diritto all'istanza di cancellazione, quale altro dei casi previsti dall'art. 604, dalla medesima ordinanza invocato, senza punto attendere alla materialità della formula erroneamente applicata.

Per onor del vero, la Corte Suprema, dovendo preoccuparsi più della sostanza che della superficie delle cose, non può non ritenere che la Camera di consiglio del tribunale di Caltanissetta fece malissimo a non scendere all'esame del quesito propostole, se cioè, dato, come si sostiene dal ricorrente, che mancasse la prova della generica nel delitto attribuito all'Antinori, la formula erroneamente usata dall'ordinanza 29 dic. 1899 nel suo dispositivo potesse ostacolare l'accoglimento dell'istanza di cancellazione dell'imputazione di un reato inesistente; imperocchè, risultando evidente l'errore della formula, nel quale sarebbe incorsa la Camera di consiglio, era in dovere essa Camera di consiglio di ripararne gli effetti, prendendo opportuna occasione dall'istanza che fu fatta, e ciò, non solo per lo spirito dell'art. 603 c. p. p., ma anche per la lettera di esso.

Per la lettera, in quanto è fatto obbligo all'autorità giudiziaria competente, prima di provvedere alla domanda di cancellazione, di esaminare gli atti; per lo spirito, perchè la base dell'ammissibilità della cancellazione, contemplata nell'art. 604, sta o nella man-

canza della materialità del delitto o nella prova dell'innocenza dell'imputato.

Ora è più che evidente l'errore nel quale incappò la Camera di consiglio del tribunale di Caltanissetta, perchè sostituì la formula concernente il caso d'insufficienza di indizi della specifica responsabilità dell'imputato, a quella della mancanza della esistenza generica del delitto. Dall'ordinanza del 29 dicembre risulta che l'Antinori era imputato, giusta la querela della Lombardo, di avere a costei somministrato delle cartine allo scopo di farla abortire, ma il tribunale non si trovò ad avere raccolta la prova sulla natura ed efficacia del contenuto di esse, come mezzo idoneo a conseguire lo scopo prefissosi dall' Antinori; in altri termini, il tribunale, o meglio la Camera di consiglio, trovò che mancava uno dei fattori costitutivi dell'essenza del tentativo criminoso, l'atto esterno idoneo, senza di che non si può avere un tentativo politicamente imputabile per la mancanza del pericolo certo del diritto che volevasi offendere.

Nè a giustificare l'ordinanza può dirsi che, in tanto la Camera di consiglio dovette dichiarare non luogo per insufficienza d'indizi, in quanto manchi nella legge una formula atta ad esprimere la dichiarazione sospensiva di non luogo, pel caso in cui l'esistenza materiale del delitto non sia tuttora assicurata, ma che potrebbe, quando che sia, col tempo assicurarsi, imperciocchè, non avendosi presentemente la prova sufficiente della generica — nella specie l'idoneità del mezzo atto a conseguire la consumazione del delitto — o doveva la Camera di consiglio soprassedere, data la possibilità del rinvenimento delle prove, anche in tempo lontano, della materialità del delitto, ovvero, vista l'impossibilità di raggiungere siffatta prova in un tempo qualunque, come nella specie, in cui erasi verificata la dispersione delle polveri, supposte nocive, piuttosto che infliggere una macchia perpetua sul buon nome di un cittadino onorato, avrebbe dovuto il tribunale di Caltanissetta avvalersi della formula ordinaria di « non luogo per inesistenza di reato ».

Essendosi invece regolata diversamente, la Camera di consiglio, più volte ripetuta, ha violato la legge e le buone norme della giustizia, onde occorre che un'altra autorità del medesimo grado si occupi di esaminare la quistione relativa all'istanza dell'Antinori secondo le premesse osservazioni, e, qualora abbia questa a dividere l'opinamento di questo Supremo Collegio circa la necessità della cancellazione, provvedere come di ragione.

P. q. m., cassa.

—

8 agosto 1900 — *Pres.* e *Rel.* Basile = Quattrone e altri.

La competenza a conoscere dei reati commessi mediante un giornale spetta al giudice del luogo dove il giornale si stampa e si presenta alla Procura e non a quello del luogo ove la pubblicazione ebbe sia pur la maggiore diffusione (1).

Il Proc. Gen., letti gli atti a carico di Quattrone Domenico, Crucoli Luigi e Bruno Giuseppe da Messina, imputati d'ingiurie e diffamazione a mezzo della stampa per avere il primo, come autore dell'articolo « Putrido nelle officine del gas » stampato in Messina e pubblicato nel n. 23, anno III, del 22 ottobre 1899 in Reggio di Calabria dal giornale *La Luce*, il secondo come direttore ed il terzo quale gerente del giornale stesso, offeso l'onore e la reputazione di Scordo Pietro con frasi contumeliose, e nell'attribuirgli fatti tali, da esporlo al pubblico disprezzo (art. 393, 395 c. p.).

Il giudice istruttore presso il tribunale di Messina, con ordinanza 26 maggio 1900, dichiarava la propria incompetenza a conoscere dei reati come sopra ascritti al Quattrone, Crucoli e Bruno e rinviava gli atti al Procuratore del re in Reggio Calabria per il corso ulteriore, essendo questo, a suo credere, il luogo della pubblicazione e diffamazione del suddetto giornale, e ciò quando anche si volesse sostenere che in fatto di pubblicazioni periodiche la consegna della copia firmata dal gerente al P. M. è assimilata alla pubblicazione, perchè sempre si verrebbe in ogni modo in tema di reato cominciato in Messina e perfezionato in Reggio di Calabria.

Il giudice istruttore di Reggio Calabria con ordinanza 20 luglio 1900 dichiarava, alla sua volta, la propria incompetenza a conoscere della causa suddetta perchè in Messina si stampa il giornale *La Luce* ed ivi il gerente adempie agli obblighi imposti dalla legge sulla stampa depositando le copie munite della sua firma a quel Procuratore Gen.

Il giornale *La Luce* si stampa in Messina ed ivi ha luogo la presentazione delle prime copie a quel Procuratore Generale da parte del gerente come per legge.

Di conseguenza ivi comincia a darsi pubblicità al periodico stesso.

A conoscere dei reati di cui si tratta, commessi a mezzo della stampa, è competente il giudice del luogo ove il giornale è stato stampato, ed ha avuto così effetto la sua

(1) Cfr. recentissimamente, il RAMELLA, *Corrispondenza* (mat. pen.) nella *Enciclopedia giuridica*, n. 141. dove è fatta un'abile confutazione delle altre diverse dottrine professate sul tema.

pubblicazione, e non quello del luogo ove la pubblicazione stessa ha trovato la sua maggiore diffusione.

In tale senso si è pronunziata questa Corte Suprema colla sentenza relativa alla risoluzione di conflitto fra il tribunale di Voghera e il tribunale di Pavia; ed anche in reato d'istigazione a delinquere con sentenza 9 ottobre 1889 conf. in causa Cini.

Veduti gli art. 14, 731, 743 c. p. p., chiede che la Corte di cassazione, risolvendo il conflitto, dichiarí competente il giudice istruttore di Messina ad istruire e conoscere della causa presente.

P. q. m., la Corte, ecc.

—

21 maggio 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Benedetti — Citarella, Trezza e altri.

Costituisce il delitto di cui all'art. 299 c. p. anche il fatto di coloro che, prima degli incanti e per evitare fra loro una concorrenza, si accordino nel comune interesse che uno di loro figuri offerente, per dividere poi la cosa che gli fosse aggiudicata (1).

Il codice penale, a tutelare la libertà nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto delle pubbliche Amministrazioni, punisce con l'articolo 299: *a*) chi impedisce o turba la gara con violenza o minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti; *b*) ovvero chi ne allontana gli offerenti coi mezzi indicati; *c*) o chi, per qualsiasi utilità data o promessa, si astiene dal concorrervi. Sono le tre forme di reato prevedute dalla legge, perchè in ciascuno di questi casi si mira a sopprimere quella pubblica concorrenza che costituisce la precipua funzione delle vendite ed altre contrattazioni che avvengono col mezzo dei pubblici incanti o delle private licitazioni.

Chiarito così il pensiero del legislatore che volle con ciò vietare che alcuno si renda arbitro dell'asta in qualsiasi modo per speculare sul prezzo della cosa, s'intende di leggeri che sia punibile ai sensi dell'articolo 299, non solo il fatto di chi si accorda con altri per impedirne la concorrenza mediante doni, promesse o collusioni, ma anche il fatto di coloro che prima degl' incanti, ad evitare fra essi una concorrenza, si mettano d'accordo e convengano, come nella specie, che l'uno di essi figuri da offerente nell' interesse di tutti, per dividersi poi la cosa, nel caso che gli resti aggiudicata, perchè coll' impedire la concorrenza, che altrimenti avrebbe avuto luogo, di uno o di più offerenti fra quelli che intendono partecipare all' incanto, se non sempre s' impedisce, si turba però sempre la gara, pel pregiudizio che senza dubbio le reca la mancanza, spesse volte importante, di un oblatore.

La Corte d'appello, come appunto si legge nell' impugnata sentenza, ritenne, con apprezzamento incensurabile che i ricorrenti « nel giorno destinato per l'asta, si portarono in Sala, con la determinazione ciascuno di concorrere per un singolo lotto, e qualcuno anche per l' intero, a seconda si desume dagli stessi loro interrogatori, e, quivi giunti, si unirono in società dando al Trezza il mandato di concorrere solo in suo nome, ma nell' interesse di tutti. » — Tutto questo vuol dire, se fu sottile l'accorgimento dei soci nel turbare la gara, si è sempre però nel caso di frode punibile ai termini dell'art. 299, essendo evidente, come disse giustamente la Corte d'appello, « la collusione verificatasi fra essi appellanti allo scopo di turbare la libertà della gara, anzi di sopprimerla; dappoichè stretti essi a quel patto, non vi era più gara, e ciò in pregiudizio dell' Ente espropriato. »

Non è serio dopo ciò pretendere che la sentenza manchi di motivazione, mentre accenna ed ampiamente alle ragioni del decidere su tutte le fatte deduzioni: ovvero che si tratti di società lecita, come se essa sia costituita per un fatto che non sia la frode preveduta e punita nell'art. 299 c. p.

P. q. m., rigetta.

(1) V. in arg. da ultimo Cass. 17 novembre 1899, in *Filangieri*, 1900, 397.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

SEZIONE INTERNI.

Parere 29 novembre 1900.

1. *Tutte le Confraternite esistenti in Italia, anche quelle che hanno unicamente scopo di culto, sono soggette alla legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, loro vigilanza e tutela* (1).

2. *Conseguentemente, colla pubblicazione di detta legge, rimasero abrogate le RR. PP. Sarde 19 maggio 1831, le quali sottoponevano le Confraternite, anche di semplice culto, esistenti in Piemonte, alla necessità dell'autorizzazione della Corte d'appello per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione* (2).

2. *Conseguentemente ancora conviene modificare il tenore dell'art. 8 del r. d. 19 ottobre 1893 n. 586, nel senso di eliminare da esso la dichiarazione che le RR. PP. 19 maggio 1831 rimangono ancora in vigore* (3).

Vista la relazione del Ministero di grazia e giustizia 26 sett. 1900, con cui si chiede il parere del Consiglio di Stato sulla questione se a tutte le Confraternite indistintamente, e così anche a quelle di mero culto, siano applicabili le disposizioni della legge 17 luglio 1890, concernenti la vigilanza e la tutela sulle pubbliche istituzioni di beneficenza, e si chiede pure il parere di questo Consiglio sull'altra quistione se siano da da ritenersi tuttora in vigore nelle provincie piemontesi le RR. PP. 19 maggio 1831 in riguardo all'autorizzazione occorrente per le alienazioni dei beni delle Confraternite di quelle provincie, e se sia necessaria, in questa parte, un'abrogazione esplicita del r. d. 19 ott. 1893;

Visto il decreto 28 sett. 1900, col quale S. E. il presidente del Consiglio di Stato deferì l'esame delle suaccennate questioni ad una Commissione speciale, a termini dell'art. 20 della legge sul Consiglio di Stato;

Visti i documenti, udito il relatore;

Ritenuto in fatto quanto segue:

In seguito di analoga richiesta rivolta dal Ministero dell'Interno a questo Consiglio, le due Sezioni riunite dell'interno e di grazia e giustizia, nell'adunanza 22 dic. 1893, emettevano il parere che le disposizioni della legge 17 luglio 1890, concernenti la vigilanza e la tutela delle istituzioni pubbliche di beneficenza, siano applicabili a tutti indistintamente le Confraternite, Confraterie e Congreghe, comprese quelle, le di cui rendite siano essenzialmente ed esclusivamente destinate al culto.

Con successivo parere 28 genn. 1898 delle stesse Sezioni riunite dell'interno e di grazia e giustizia in risposta al quesito di massima allora proposto dal Ministero dell'Interno d'accordo con quello dei culti, fu confermata la già espressa opinione che le disposizioni della legge 17 luglio 1890, riflettenti la vigilanza e la tutela delle istituzioni pubbliche di beneficenza, debbansi applicare a tutte indistintamente le Confraternite esistenti nel Regno, anche se di mero culto.

Gli anzidetti due Ministeri, convenendo pienamente nei pareri sopra menzionati, con circolare 17 luglio 1898, indirizzata ai Procuratori generali presso le Corti d'appello ed ai prefetti del Regno, dichiaravano che tutte le Confraternite anche se aventi unico scopo di culto, dovessero intendersi dipendenti esclusivamente dall'autorità civile e più precisamente dal Ministero dell'interno, chiamato ed applicare la legge del 1890, dovendosi l'ingerenza dell'autorità ecclesiastica limitare alla parte meramente spirituale e religiosa.

Il Procuratore generale presso la Corte di Torino fu sollecito a manifestare il dubbio se in seguito di quella circolare con la quale si richiamavano alla dipendenza del Ministero dell'interno tutte le Confraternite, e senza un'esplicita parziale abrogazione del r. d. 19 ott. 1893, si dovessero intendere ancora rimaste in vigore nelle provincie pie-

(1-3) Cons. in arg. il dotto studio dello SCHANZER, *La trasformazione delle Confraternite nel diritto pubblico italiano* (Roma, Capaccini, 1899), p. 24 segg.

montesi le RR. PP. del 19 maggio 1831, le le quali attribuivano in quelle provincie ai Senati, oggi Corti d'appello, la facoltà d'autorizzare gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione nell'interesse delle Opere pie, delle corporazioni e di altri enti privilegiati, e la ragione del dubitare sorgeva dal fatto che il r. d. 19 ott. 1893 comprese anche le Confraternite nella specifica designazione degli istituti ecclesiastici assoggettati all'ingerenza del Ministero di grazia e giustizia per quanto riguarda gli atti modificativi del loro patrimonio, e nell'art. 8, mentre abrogò tutte le norme vigenti sulla materia nelle varie parti del Regno, eccettuò esplicitamente da tale abrogazione le RR. PP. 19 maggio 1831, dichiarando che queste, nelle provincie ove furono emanate e pei casi in esse previsti, rimangono in osservanza.

Avvenne infatti che la Corte di Torino continuò a ritenersi competente a provvedere sulle istanze ad essa presentate dalle Confraternite, per autorizzazione ad alienazioni di beni e ad atti simili; ed il prefato Procuratore generale trasmetteva al 9 nov. 1898 al Ministero della giustizia la copia di un decreto della Corte, contenente una serie di argomentazioni per le quali la Corte stessa, in difformità dalle conclusioni del P. M., aveva affermato la propria competenza ed autorizzato la Confraternita del Rosario in Romagnano Sesia a taluni contratti di divisione e di vendita di immobili di sua pertinenza.

In presenza del segnalatogli stato di cose, il Ministero della giustizia, d'accordo con quello dell'interno, reputò conveniente rivolgersi al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, perchè vedesse, se contro il decreto della Corte torinese fosse da proporsi ricorso per cassazione nell'interesse della legge.

Rispondeva il Procuratore generale con lettera 29 luglio 1899, che esso pure riteneva cessato l'impero delle RR. PP. del 1831, in quanto concerne le Confraternite delle provincie piemontesi, non però perchè le Confraternite aventi solo scopo di culto siano da considerarsi soggette alla legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, ma perchè le medesime, a suo avviso, sono invece veri e propri istituti ecclesiastici, ai quali è da applicarsi l'art. 434 c. c. che, richiedendo per gli atti di alienazione di questi l'autorizzazione del Governo, ha abrogato le RR. PP. più volte menzionate. Ma con tutto ciò il Procuratore generale aggiungeva che non aveva creduto di proporre il ricorso contro il provvedimento della Corte di Torino, perchè nella dottrina e nella giurisprudenza è prevalente opinione che le RR. PP. del 1831 siano tuttora in vigore.

Dal canto suo il Ministero dell'interno, rispondendo alle comunicazioni fattegli da quello della giustizia, ha osservato che, se si esclude che la legge 17 luglio 1890 abbia regolato la intera materia delle Confraternite, e se quindi si ammette che siano rimaste in vigore nelle provincie piemontesi le RR. PP. del 1831, si deve per logica conseguenza dedurne che sono del pari rimaste in vigore le disposizioni le quali nei singoli Stati regolavano le Confraternite prima della legge succitata. Ha perciò insistito il Ministero dell'interno nel far presente l'opportunità che intervenga sulla questione un pronunziato della Cassazione lasciando al al Ministero di giustizia il vedere se non convenga prima interpellare di nuovo il Consiglio di Stato.

Ed il Ministero della giustizia si è di fatto rivolto a questo Consiglio, osservando che dal decreto della Corte di Torino e dalla lettera del Procuratore generale presso la Corte di cassazione di Roma è stata rimessa in discussione la questione generale ampiamente esaminata e risoluta dai due pareri sopra riferiti, ed osservando altresì che è da sentirsi l'avviso di questo Consesso sulla nuova questione che ora è sollevata, « se cioè sia necessaria per questa parte un'abrogazione esplicita del R. D. 19 ott. 1893, e se, per ciò che concerne le provincie piemontesi, siano tuttora in vigore, a questo riguardo, le RR. PP. del 1831 ».

Ciò premesso il Consiglio ha considerato:

Che, per quanto attiene alla questione d'indole generale, la quale formò oggetto dei pareri emessi dalle Sezioni riunite dell'interno e di grazia e giustizia e dei culti, non sembra in verità che le contrarie opinioni manifestate dalla Corte di Torino e dal Procuratore generale della Corte di cassazione di Roma valgano a consigliare una soluzione diversa da quella espressa coi pareri suaccennati:

Che, senza ripetere gli argomenti pei quali nell'uno e nell'altro parere fu concluso che, in seguito della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, tutte indistintamente le Confraternite, comprese pure quelle aventi esclusivo scopo di culto, sono da intendersi soggette alle disposizioni della citata legge, in quanto concerne la vigilanza e la tutela demandata al potere civile, basterà avvertire come i concetti d'indole giuridica, sui quali la decisione della Corte d'appello è precipuamente fondata, non si ravvisino interamente esatti.

In quella decisione si afferma che la legge 3 agosto 1862 sulle Opere pie si riferisce unicamente alle Corporazioni e sodalizi aventi in tutto o in parte per scopo la be-

neficenza, e tace affatto degli enti destinati a semplice intento religioso o di culto.

Ma su questo proposito è opportuno ricordare che l'art. 2 del regol. 27 nov. 1862 emanato ai termini dell'art. 37 di quella legge, nell'enumerazione degli enti, che « sono compresi fra le Opere pie nel senso ed agli effetti della legge 3 agosto 1862 », enuncia anche le Confraternite, insieme alle Congregazioni, agli eremi ed alle cappelle laicali non erette in titolo, senza far distinzione tra Confraternite aventi scopo di beneficenza o misto, e Confraternite a solo scopo di culto. Ed evidentemente, nel comprendere fra le Opere pie anche le Confraternite, qualunque ne fosse la finalità prevalente, si ebbero presenti, come già fu avvertito coi precedenti pareri su ricordati, la essenza costitutiva e la origine storica delle stesse Confraternite, le quali, secondo la definizione che di esse dà il vescovo di Anagni, G. B. Bassi, nel suo classico trattato *de Sodalitiis seu Confraternitatibus*, definizione pienamente conforme ai dettami delle leggi e delle dottrine canoniche, sono associazioni e adunanze di pie persone, indirizzate « ad divinum servitium et operas pietatis, ad hoc ut confratres in misericordiae et charitatis operibus se exerceant ».

E qui non è inopportuno contrapporre all'affermazione della Corte di Torino l'autorità della Corte di cassazione di Roma, la quale, con una decisione citata nel parere del 28 genn. 1898, e cioè con la sentenza 28 nov. 1893, pronunciata a Sezioni unite e sulle conformi conclusioni del Procuratore generale, esplicitamente dichiarava che il ritenere le Confraternite soggette alla piena ed assoluta podestà ecclesiastica, è in perfetta antitesi con i principî fondamentali del nostro diritto pubblico interno, « non essendo le Confraternite che pie associazioni locali, soggette perciò alle autorità civili, non già alla podestà ecclesiastica, e regolate quindi in tutto dalla legge sulle Opere pie 2 agosto 1862 » (*Legge*, 1894, vol. I, p. 779).

Lo stesso legislatore si diè cura di ricordare la stretta relazione che esisteva tra le disposizioni delle Confraternite allorchè nell'art. 1 della legge 15 agosto 1867 sulla liquidazione dell'asse ecclesiastico, dopo avere specificato quali erano gli enti colpiti da soppressione, esprimeva la seguente sanzione eccettuativa: « gli istituti di natura mista saranno conservati per quella parte di redditi e del patrimonio che, giusta l'articolo 2 della legge 3 agosto 1862, doveva essere distintamente amministrata, salvo quanto alle Confraternite quello che sarà con altra legge apposita ordinato, non differito intanto il richiamo delle medesime alla sorveglianza dell'autorità civile ».

Anche in questa disposizione furono indicate le Confraternite senza distinzione di scopi: ed il legislatore non si limitò, come nel suo decreto osserva la Corte torinese, « a sottrarre alla podestà ecclesiastica il governo del funzionamento di tali enti, assoggettandoli all'autorità civile per fini di ragione politica », ma volle anche annunciare il suo intendimento di dare con ulteriore legge le norme che avrebbero regolato la condizione giuridica dei suaccennati sodalizi in relazione all'esercizio della riaffermata vigilanza dell'autorità civile.

E la riserva contenuta nell'art. 1 della citata legge eversiva trovò esplicamento in due leggi posteriori, in quella cioè del 30 giugno 1889, e più ancora nell'altra del 17 luglio 1890.

La prima delle succitate leggi nell'art. 81 stabilì che al mantenimento degli indigenti inabili al lavoro debbano concorrere in proporzione dei loro averi la Congregazione di carità del rispettivo Comune di origine, le Opere pie elemosiniere ivi esistenti e le altre Opere pie e le Confraternite, per quanto le rendite degli enti non siano destinate a scopo di speciale beneficenza od al culto della chiesa o del tempio.

Furono così esplicitamente assoggettate le Confraternite tutte, senza alcuna distinzione, all'onere del contributo per la spesa di ricovero e di mantenimento degli indigenti, e cioè ad un onere, il di cui carattere è sostanzialmente quello della beneficenza, considerandosi le Confraternite alla stessa stregua delle Congregazioni di carità, degli istituti elemosinieri e delle altre Opere pie.

In base alla delegazione legislativa contenuta nell'art. 82 della legge surriferita, furono poi emanati i RR. DD. 19 nov. 1889, n. 6535 e 12 genn. 1890 n. 6594, i quali, regolando la materia pel ricovero dei mendicanti e della competenza passiva delle relative spese, si occupano della condizione speciale delle Confraternite in ordine al modo ed ai limiti di loro concorso nelle spese medesime.

L'art. 19 del decreto del 1889 dichiara che le rendite delle Confraternite, salve le detrazioni enunciate nell'articolo seguente, sono interamente affette al fine di che nell'art. 81 della legge: e sono poi degne di attenzione, agli effetti della presente questione, le norme date col secondo dei detti decreti, il quale riflette esclusivamente le Confraternite, fissando i peculiari criteri, coi quali è da accertarsi la quota delle loro rendite disponibile pel concorso di esse nella spesa sumenzionata.

L'art. 1 di questo decreto prescrisse in ogni provincia per cura dei prefetti, la formazione di un elenco delle Confraternite e

di altre congeneri istituzioni sotto qualunque denominazione, le quali possono essere chiamate, secondo l'art. 81 della legge 30 giugno 1889, a concorrere in proporzione dei loro averi al mantenimento degli inabili al lavoro. Con l'art. 2 fu imposto ai rettori, amministratori, patroni e rappresentanti in genere delle suaccennate istituzioni l'obbligo di denunziarne entro un prefiggendo termine l'esistenza al prefetto o al sottoprefetto, e di fornire le notizie e gli atti che da questi fossero richiesti. E poichè fu disposto, con l'art. 3, che col ministero di un regio commissario fossero redatti per ogni singola Confraternita l'inventario della sostanza patrimoniale, lo stato generale di tutte le rendite reali e presunte, e lo stato di quelle disponibili, giusta i combinati articoli 81 della legge 19 e 20 del R. D. 19 novembre 1889, col successivo art. 4 ai rappresentanti dell'ente fu data facoltà di domandare la rettificazione delle operazioni del regio commissario alla Giunta prov. amm., la quale decide sui reclami inappellabilmente.

Dal complesso di queste norme è vieppiù fatto palese il concetto che in conseguenza della disposizione contenuta nell'art. 81 della legge 30 giugno 1889 le Confraternite tutte indistintamente, e così anche quelle aventi mero scopo di culto, si vollero richiamare a convergere l'opera loro verso intenti di beneficenza civile, a questa umanitaria finalità destinandosi le rendite dei detti enti, al netto delle spese enumerate nell'art. 20 del R. D. 19 nov. 1889: e perciò tenuto conto dell'indole, della funzione e della finalità suespressa, fu prescritto che dai prefetti e dai sottoprefetti e dalle Giunte prov. amm., cioè da quelle autorità civili a cui compete la missione vigilatrice e moderatrice della beneficenza pubblica, fosse esercitata la diretta ingerenza sull'accertamento della consistenza patrimoniale dei detti sodalizi e sull'erogazione dei loro redditi all'intento voluto dalla legge.

Ma più ancora il pensiero del legislatore, diretto a determinare la condizione giuridica delle Confraternite in armonia all'indirizzo evolutivo che inspira i principî accolti nel nostro diritto pubblico, si tradusse nella legge 17 luglio 1890, e segnatamente negli art. 91 e 92, per effetto dei quali le Confraternite, Confraterie, Congreghe, Congregazioni ed altri consimili istituti furono nel modo più esplicito e più completo, equiparati alle istituzioni pubbliche di beneficenza, e assoggettati, per quanto concerne lo svolgimento della procedura occorrente per la trasformazione ivi contemplata, alle autorità amministrative (Congregazione di carità, Consigli comunali e prov., Prefetto, Giunta prov. amm.), che fanno capo al Ministero dell'interno, senza alcun accenno ad altre autorità amministrative o giudiziarie. E se così è, difficilmente si comprende come e perchè un medesimo ente, il quale per certi specificati atti interessanti lo svolgimento della sua vita civile è stato da esplicite disposizioni positive sottoposto all'ingerenza di corpi e di autorità appartenenti ad un ordine determinato, dovrebbe poi per altri atti, che toccano la sua gestione economica e le modificazioni del suo patrimonio, sottostare alla vigilanza ed alla tutela di autorità diverse ed anzi di autorità pertinenti ad un organismo diverso.

Consegue da tutto ciò che nell'attuale stato della legislazione italiana, contrariamente alla opinione professata dalla Corte di Torino, le norme, da applicarsi alle Confraternite tutte non possono essere se non quelle della legge 17 luglio 1890, come fu dimostrato ampiamente coi precedenti pareri di questo Consiglio e come ha ritenuto la prevalente giurisprudenza giudiziaria, e come non potrebbe essere altrimenti ove si rifletta, secondo quanto fu sopra avvertito e secondo quanto anche ritenne la Corte di cassazione di Roma con sentenza 23 nov. 1897, che « le due leggi del 17 e del 20 luglio 1890, generale l'una per tutta il Regno e speciale ed eccezionale l'altra per la sua capitale, altro non sono che quella legge che il legislatore italiano si riservò di promulgare a riguardo delle Confraternite nel n. 6 dell'art. 1 della legge 15 agosto 1867 per la liquidazione dell'asse ecclesiastico. »

Le considerazioni svolte nella lettera 29 luglio 1899 diretta dal procuratore generale della Corte di cassazione di Roma al Ministero di grazia e giustizia, non sembrano essere di serio ostacolo alla conclusione suespressa. Potrebbesi invero osservare che le Confraternite in genere, e quindi anche quelle che hanno scopo unico di culto, sono enti di natura laicale, e che perciò è da dubitarsi se esse rientrino fra gl' istituti ecclesiastici veri e propri dei quali è elemento costitutivo la erezione canonica in titolo beneficiario, come avvertiva la circolare del Ministro guardasigilli 15 giugno 1866, riguardante i limiti d'attuabilità del r. d. 22 marzo di quell'anno.

Ma quando pure vogliasi ammettere, come l'eminente magistrato ritiene, che le Confraternite fossero state assoggettate alla diretta dipendenza del Governo per effetto della disposizione generale dell'art. 434 c. c. in quanto esse Confraternite, ancorchè prive di erezione canonica in titolo, siano da intendersi comprese tra gli istituti ecclesiastici di cui il cod. civ. fa parola nell'art. 2 e nell'art. 434 suricordato, è indubitato che

la disposizione generale contenuta in quest'ultimo articolo non è contradetta, ma anzi riceve esplicazione dalle disposizioni delle successive leggi, nelle quali alle Confraternite si fa esplicito riferimento e si disciplina il modo d'attuazione della loro dipendenza dall'autorità civile che non può essere se non quello all'uopo specificamente designato dalle stessi leggi sopravvenute.

Dopo le cose fin qui dette, è da riconoscersi cessata in riguardo alle Confraternite delle provincie piemontesi ogni efficacia delle RR. PP. 19 maggio 1831, per ciò che attiene all'esercizio della podestà tutoria, che quelle RR. PP. e la estensiva interpretazione data alle medesime affidavano ai Senati (oggi Corti d'appello) per la validità giuridica degli atti modificativi della sostanza patrimoniale dei pubblici stabilimenti, Opere pie, Corporazioni ed altri enti privilegiati.

Con quelle RR. PP. il supremo imperante negli Stati Sardi, « volendo rendere a un tempo più sollecita e meno dispendiosa la spedizione degli affari », dichiarava di « autorizzare i magistrati a provvedere in via ordinaria ad alcuni casi, nei quali occorreva ricorrere all'Autorità Sovrana »; e tra le facoltà delegate era quella per la quale i Senati erano autorizzati a permettere qualunque fosse il prezzo, la vendita, senza formalità di incanti, dei beni spettanti agli enti suindicati.

Ora, senza disconoscere la natura legislativa alla disposizione emanata con quelle RR. PP. le quali si chiudevano con la espressa formula di deroga, per tutto quanto era in esse previsto, alle generali costituzioni, al regolamento per le materie civili e criminali del Ducato di Genova ed a qualunque altra legge in contrario, basta tener presente che l'abrogazione delle RR. PP. nella parte riflettente la designazione dell'autorità civile competente ad esercitare la podestà non solo di vigilanza, ma di vera e propria tutela sulle Confraternite, è la legittima conseguenza della sopravvenuta legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, la quale come legge generale regola ora per tutto il Regno la materia già regolata dalle RR. PP. che costituivano al momento in cui furono emanate la legge generale per le provincie piemontesi.

Alla stessa conclusione, circa la cessata efficacia delle RR. PP. del 1831, si giungerebbe anche seguendo la tesi preferita dal procuratore generale della Corte di cassazione di Roma, il quale ne fa dipendere l'abrogazione dalla disposizione dell'art. 434 c. c. Ma a questo proposito vuolsi ricordare che siffatta teorica non incontrò il favore di eminenti giuristi, e non fu ammessa neppure dal Ministero di grazia e giustizia e dei culti, il quale, con la anzidetta circolare 15 luglio 1866, d'accordo col Consiglio di Stato dichiarava non doversi estendere alle Confraternite le norme del r. d. 22 marzo di quell'anno emanato per l'applicazione dell'art. 434 c. c.

Ciò posto occorrebbe a questo punto esaminare e risolvere innanzi tutto l'accennata questione, se le Confraternite rientrino nel novero degli istituti ecclesiastici, questione che, come fu detto, non è necessario di affrontare quante volte, prescindendo dalla medesima, l'abolizione delle RR. PP. del 1831, in conformità ai pareri di questo Consesso 22 dic. 1893 e 28 genn. 1898, e coerentemente ai motivi del parere attuale, si faccia dipendere dalla posteriore legge del 17 luglio 1890.

Il r. d. 19 ott. 1893, ispirandosi al concetto della non applicabilità del precedente r. d. 22 marzo 1866 alle Confraternite ed agli altri enti di culto non eretti in titolo, e volendo anche questi ricondurre sotto la sanzione della vigilanza e tutela governativa, si arrestò dinanzi alla considerazione dell'indole legislativa, delle RR. PP. nel 1831, che per tale loro carattere si credè e giustamente non possono essere abrogate da un atto del potere esecutivo. E perciò il detto decreto nell'art. 8, mentre dichiarò abrogati il r. d. 22 marzo 1866 ed ogni disposizione generale o speciale vigente nelle varie provincie sulla materia, aggiunse un'esplicita eccezione a riguardo delle sole RR. PP. del 1831 dicendo che queste, pei casi in esse previsti, restano in osservanza.

Ma ove si ritenga, come non sembra dubbio, che le Confraternite tutte indistintamente, in seguito dalla legge 17 luglio 1890 sono soggette, alla pari di tutte le altre istituzioni pubbliche di beneficenza, alla vigilanza e tutela del Ministero dell'Interno e delle autorità e corpi amministrativi locali designati nella legge medesima, per logica ed imprescindibile conseguenza devesi pur ritenere che il r. d. 19 ott. 1893, emanato su proposta del Ministero di grazia e giustizia per regolare l'autorizzazione governativa agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione nell'interesse degli enti ecclesiastici, non avrebbe dovuto preoccuparsi della efficacia dell'impero attuale delle RR. PP. pel 1831 in rapporto alle Confraternite medesime. E da ciò l'opportunità che in quanto riguarda le Confraternite quel r. d. sia congruamente modificato, come fu riconosciuto anche dalla circolare emanata il 17 luglio 1898 di comune accordo dai Ministri dell'interno e di grazia e di giustizia e dei culti.

Ove ciò sia fatto si otterrà la dovuta

completa armonia fra le disposizioni della legge ora vigente sulle istituzioni pubbliche di beneficenza e le prescrizioni date dal potere esecutivo nell'esplicamento della funzione a questo deferita dall'art. 6 dello Statuto fondamentale, e, salva sempre l' interpretazione della Corte di cassazione, sarà anche eliminato l'argomento che dal decreto del 1893 fu potuto fin ora desumere per sostenere che le Confraternite delle provincie piemontesi, nei loro rapporti di soggezione all'autorità civile, debbano ancora uniformarsi a norme di competenza e di procedura affatto diverse da quelle che hanno vigore indiscusso ed accettato in tutte le altre parti del Regno, e che solamente alle due Corti di Torino e di Casale siano conservate attribuzioni d' indole non certo giudiziaria che in ogni resto d' Italia sono devolute al Governo ed alle autorità dell'ordine amministrativo.

P. q. m. il Consiglio è di avviso:

1.° che alle disposizioni della legge 17 luglio 1890, concernenti la vigilanza e tutela delle istituzioni pubbliche di beneficenza, debbano andare soggette tutte indistintamente le Confraternite esistenti nel Regno, anche se di mero culto;

2.° che dopo la pubblicazione della legge 17 luglio 1890, e per effetto di questa, abbiano cessato di essere in vigore le RR. PP. del 19 maggio 1831, in quanto concerne l'autorizzazione da concedersi per atti eccedenti la ordinaria amministrazione alle Confraternite delle provincie piemontesi, ancorchè aventi esclusivo scopo di culto;

3.° che sia opportuno modificare il r. d. 19 ott. 1893, nel senso che da esso sia eliminato qualsiasi accenno alle Confraternite od alla conservata osservanza delle RR. PP. del 19 maggio 1831.

—

Parere 15 marzo 1900 = Ratto.

Chi ha conseguita la libera docenza, *può esercitarla in tutte le Università del Regno, senza bisogno del parere della competente Facoltà della Università presso la quale il libero docente intende trasferire il proprio domicilio accademico, salva l'autorizzazione del Ministro e l'approvazione dei programmi da parte del Consiglio Superiore della P. I.* (1).

Il dott. Lorenzo Ratto, abilitato nel 1898 alla libera docenza per titoli, chiese nel gennaio 1899 il trasferimento dall'Università di Napoli all'Università di Roma. Ma il Ministero della P. I., con nota 10 nov. 1900, partecipò al dott. Ratto che, non avendo la Facoltà di Roma, malgrado le sollecitazioni fatte, emesso il suo avviso in merito alla domanda di trasferimento, non potevasi provvedere sulla medesima, « non « essendo consentito dalle vigenti disposi- « zioni di autorizzare il trasferimento della « privata docenza senza prima sentire il pa- « rere della competente Facoltà dell'Ateneo, « presso il quale la docenza vorrebbe tras- « ferirsi ».

Il dott. Ratto ricorre in via straordinaria al Re contro la legittimità di questo provvedimento, sostenendo che la consuetudine invalsa di sentire il parere della Facoltà, presso cui vuol trasferirsi la libera docenza, prima di autorizzare il trasferimento stesso, non ha fondamento nè nella legge nè nei regolamenti vigenti sulla P. I.

In ispecie, osserva il ricorrente, la legge 13 nov. 1859, in base alla quale egli ottenne la libera docenza, non la considerò come concessione di una data Facoltà, ma, con sistema opposto a quello germanico, la disciplinò come concessione governativa valevole presso tutte le Università del Regno. I primi decreti di libera docenza, firmati dal Casati, concedevano infatti di esercitarla per tutte le Università del regno Sardo. Il primo regolamento universitario chiamava *diploma* l'atto di concessione, e l'assoggettava ad una tassa, appunto perchè non si trattava di una *nomina*, ma di un *titolo*. La consuetudine contraria di cui sopra è cenno, dice il ricorrente, si deve solo al giuoco degli interessi di classe de' professori ufficiali.

Ad ogni modo, si aggiunge, tacendo la legge e i regolamenti sulle condizioni pel trasferimento della libera docenza, non è lecito creare per tale trasferimento la condizione del parere della Facoltà locale, tanto più che la legge del 1859 non prescrive il parere della Facoltà neppure nel caso di concessione della libera docenza stessa.

Ed in via subordinata si osserva:

I. Che quando la Facoltà non vuole dar parere per *ragioni estranee alla scienza*, un provvedimento ministeriale, come quello che ora si impugna, si risolve in un atto di denegata giustizia;

II. Che quand'anche si potesse ritenere fondata la massima della Sezione IV del Consiglio di Stato 20 agosto 1892 di considerare il trasferimento come concessione *ex novo*, a tale massima è pur sempre contraria la pratica amministrativa adottata dal Ministero, di richiedere per il trasferimento il solo parere della Facoltà;

III. Che infine esso ricorrente, avendo

(1) In senso contrario, ma a torto, secondo il nostro modo di vedere, Cons. di Stato, 20 agosto 1892, in *Filangieri*, 1893, 2, 107.

ottenuto l'eleggibilità in un regolare concorso per cattedra universitaria, ha già un titolo legale per l'insegnamento privato in qualunque Università a termini della circolare Bonghi 30 ott. 1875 tuttora vigente;

IV. Che nel seno stesso del Consiglio Superiore della P. I., il consigliere professore Miraglia sostenne che il trasferimento della libera docenza è atto di esclusiva competenza del Ministro di P. I.;

V. Che i pretesi inconvenienti che potrebbero nascere dal riconoscere la libertà nel trasferimento della libera docenza, si risolvono invece in un vantaggio il quale si attuerebbe con la selezione mercè la concorrenza e la perequazione nella distribuzione dei liberi docenti in tutte le Università del regno.

La lettera ministeriale 10 novembre 1900 — in quanto afferma che, secondo le vigenti disposizioni, non può autorizzarsi il trasferimento della privata docenza senza prima sentire il parere della competente Facoltà dell'Ateneo, presso il quale la docenza vorrebbe trasferirsi, — è suscettiva di ricorso straordinario ai termini dell'art. 12 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato, non essendo contro la medesima proponibile alcuna domanda di riparazione in via gerarchica.

Pur volendo ricondurre nell'art. 12 n. 4 il presupposto del *provvedimento definitivo* secondo la dichiarazione contenuta nel successivo art. 28 per i ricorsi alla Sezione IV, quest'ultimo articolo è già stato interpretato nel senso che siasi inteso stabilire non potersi ricorrere se non contro gli atti di quell'autorità che non è subordinata ad altra gerarchicamente, ma non essersi preclusa la via al ricorso contro quei provvedimenti che, sieno anche preparatori o sospensivi, possono tuttavia considerarsi definitivi perchè, pur essendo produttivi di effetti, manca contro di essi qualunque rimedio da sperimentare in via gerarchica.

Nel merito del presente ricorso, se l'abilitato alla libera docenza deve naturalmente iscriversi in una delle Università del regno per l'esercizio del suo diritto d'impartire l'insegnamento, nessuna disposizione però della legge 13 nov. 1859 — a cui fa espresso richiamo il decreto che abilitò il dott. Ratto alla libera docenza — limita ad una sola Università l'efficacia del diploma di abilitazione legittimamente conseguito.

Anzi, come dimostra il ricorrente e non è contestato dal Ministero della P. I., i primi diplomi di autorizzazione alla libera docenza, firmati dal Casati, abilitavano all'insegnamento privato *nelle città nelle quali* aveva luogo l'insegnamento ufficiale per i relativi corsi, salva presentazione della dichiarazione, da parte del privato docente, al rettore dell'Università esistente *nella città* ove intendeva aprire l'insegnamento. E ciò se non costituisce una vera interpretazione autentica della legge, offre senza dubbio un elemento prezioso di interpretazione della medesima, almeno come sicura manifestazione del pensiero di quello stesso ministro che la propose alla firma sovrana.

Nè la legge 13 nov. 1859 nè i vari regolamenti universitari che si sono succeduti dal 1860 al 1890 contengono norme relative al trasferimento della libera docenza da una ad altra Università, e nella mancanza appunto di norme speciali non si può riconoscere la necessità di restrizioni al prudente criterio del ministro della P. I. per autorizzare i trasferimenti di cui trattasi.

Se anche queste restrizioni potessero legittimamente desumersi per analogia dalle disposizioni che disciplinano l'abilitazione alla privata docenza con effetti legali, tali disposizioni non suffragherebbero nemmeno la tesi di ritenere come presupposto necessario un parere della competente Facoltà dell'Ateneo, presso il quale la docenza vorrebbe trasferirsi prima di provvedere sulla dimanda di trasferimento.

Gli insegnanti privati presso le Università non fanno parte del Corpo universitario, e la legge 13 novembre 1859 non determina questa come concessione della Facoltà, ma la fa dipendere direttamente dall'autorizzazione del ministro della P. I., il quale, salvo che si tratti delle persone indicate nell'articolo 69, deve sentire il parere del Consiglio superiore della P. I. (art. 96).

Ben vero che, dovendo gli aspiranti aver dato prove non dubbie di capacità nelle materie che si propongono di insegnare (articoli 96 e 97 della legge) si dispone che, quando convenga accertare tale capacità per esame, debba nominarsi dal *ministro* un'apposita Commissione presieduta dal preside della Facoltà cui si riferisce il soggetto dell'esame, e composta in numero eguale di membri scelti nella Facoltà stessa e di membri estranei alla medesima. Ma rimane sempre fermo che, ai termini della legge 13 nov. 1859, l'abilitazione della libera docenza per titoli è subordinata unicamente al parere del Consiglio superiore della P. I., senza alcun intervento della Facoltà, e se l'abilitazione per esame è subordinata anche al voto di un'apposita Commissione nominata dal ministro, nessuna disposizione della legge prescrive il parere della Facoltà.

Posteriormente, nel regolamento generale universitario approvato con r. d. 26 ottobre 1890, si prescrisse per l'abilitazione alla privata docenza su titoli il parere della Facoltà cui appartiene la materia per la quale è chie-

sta l'abilitazione, oltre il voto favorevole del Consiglio superiore della P. I., dato a maggioranza di due terzi dei consiglieri presenti (art. 131); ma quanto alla libera docenza per esame, questo continua ad aver luogo innanzi ad una Commissione nominata dal ministro ai termini dell'art. 133.

Ora non può ammettersi che per il semplice intervento di un parere di Facoltà prescritto non dalla legge ma dall'art. 131 del citato regolamento, — e limitato ad ogni modo al solo caso del pareggiamento per titoli, si debba essere condotti a ravvisare in tutti i casi di libera docenza quasi una concessione della Facoltà, all'effetto di ritenere che, dopo la già fatta valutazione delle attitudini dell'insegnante da parte dell'apposita Commissione e del Consiglio superiore della P. I., secondo i casi — e dopo l'autorizzazione già data dal ministro per la libera docenza — debba la valutazione stessa rifarsi poi, caso per caso, per ciascun cambiamento nel domicilio accademico del libero docente, dalle Facoltà di ogni singola Università presso la quale egli intende di insegnare.

Ciò non può desumersi certamente dalle disposizioni vigenti rispetto al pareggiamento per esami, perchè sì per la legge 13 nov. 1859 (art. 99), sì per il regolamento generale universitario (art. 133), la valutazione delle attitudini dell'aspirante alla libera docenza appartiene alla Commissione all'uopo nominata dal ministro, salve le osservazioni del Consiglio superiore della P. I. (art. 142 regol. citato).

Ciò non si può ammettere nemmeno rispetto al pareggiamento su titoli, perchè — a parte l'assurdo che due insegnanti con lo stesso diploma di liberi docenti verrebbero a porsi in condizione assolutamente disparata — si verificherebbe la conseguenza, certo assai strana, che mentre il privato docente per titoli, abilitato, ai termini della legge del 1859, dal ministro sentito semplicemente il parere del Consiglio superiore di P. I., poteva esercitare l'insegnamento in tutte le Università del regno Sardo; ora invece, quando cioè per tale abilitazione occorre il parere favorevole di esso Consiglio superiore con la maggioranza di due terzi dei consiglieri presenti, quello stesso privato docente si troverebbe esposto a dover subire il giudizio della Facoltà per ogni trasferimento del domicilio accademico. E vuolsi infine rilevare come siasi anche introdotta un'altra forma legale di libera docenza a pro di coloro che furono dichiarati eleggibili a cattedre universitarie con 40 punti sopra 50; e questa forma di libera docenza — in virtù del principio generale della legge che chiunque abbia dato la necessaria prova di idoneità può essere abilitato all'insegnamento privato superiore — dà diritto ad esercitarla in qualunque Università indipendentemente dal parere della Facoltà, com'è riconosciuto nella stessa relazione ministeriale.

Senza alcun dubbio, per la esplicita disposizione dell'art. 100 della legge 13 nov. 1859, l'istituto della libera docenza con effetti legali è coordinato alla esistenza di una Università, e non può esplicarsi come non potrebbe intendersi senza di essa. Ma questa disposizione, mentre storicamente si connette alla soppressione dell'Università di Sassari per impedirne, come che sia, una specie di ricostituzione di fatto, si spiega logicamente anche oggi come quella che intende rispondere principalmente al quesito, se possano i privati docenti impartire il loro insegnamento nelle città dove non esista una Università od una Facoltà: e vi risponde negativamente perchè non si vuole che i privati docenti possano distrarre gli studiosi dai centri scientifici che naturalmente si formano nelle città sedi di Università. Ond'è che nessun argomento può trarsene in favore dell'asserta necessità del parere della Facoltà locale prima di provvedere al trasferimento del domicilio accademico di un libero docente, e sarebbe erroneo dedurne che si possa trasfondere nella libera docenza il concetto di aggregazione alla Facoltà, poichè alla istituzione dei dottori aggregati si riferiscono separate disposizioni di legge che la disciplinano con concetto e criteri assolutamente diversi (art. 77-88).

Avendo pertanto la libera docenza, per le disposizioni vigenti, il carattere di un'autorizzazione concessa dal capo della P. I., e poichè nessuna disposizione nè di legge nè di regolamento è sopravvenuta a limitare il diritto nel libero docente di cambiare il proprio domicilio accademico, manca di base la consuetudine invalsa di subordinare la concessione di tale trasferimento ai pareri delle Facoltà locali; mentre invece risponde pienamente al principio di libertà cui si ispirò presso di noi la riforma dell'ordinamento scolastico iniziata con la legge Lanza 22 giugno 1857, riconoscere che l'abilitazione per la libera docenza, una volta conseguita, si possa esercitare in tutte le Università del regno, salva ben inteso l'autorizzazione del ministro della P. I. nei singoli casi per la direzione superiore e la tutela che, ai termini dell'art. 3 della legge 1859, gli compete in tutti i rami dell'insegnamento e che esclude totalmente l'arbitrio del privato insegnante, e salva l'approvazione dei programmi del corso da parte del Consiglio superiore della P. I.

Accolto il motivo principale del ricorso,

non è il caso di occuparsi delle altre deduzioni nel medesimo contenute.

—

IV Sezione.

18 agosto 1900 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Pincherle = Comune di Arenzano c. Prefetto di Genova.

Il principio secondo cui non è ammesso il ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato qualora sia già stato presentato ricorso al Re, a sensi dell'art. 28 legge t. u. 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato, sussiste anche nel caso in cui il ricorso alla IV Sezione fosse fatto da persona diversa da quella che fece il ricorso al Re (1).

La prima eccezione riguarda quella parte del decreto impugnato che respingeva il ricorso prodotto dal Valle contro il decreto prefettizio di concessione delle acque del 9 giugno 1899; e tale eccezione è evidentemente fondata in diritto. Il Valle, infatti, col suo ricorso 16 settembre 1899 aveva impugnato il decreto del prefetto con ricorso straordinario richiamandosi espressamente l'art. 12 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato, e il decreto reale fu emesso in questa parte, sentito questo Consiglio a sezioni riunite. Ciò posto, è chiaro che per l'art. 28 della legge non può dal Valle proporsi ricorso a questa sezione contro codesta parte del decreto, e che il ricorso stesso deve per questo punto essere dichiarato irricevibile.

Altrettanto deve dirsi in questa parte del ricorso del Comune, sebbene esso non si fosse associato al Valle nel ricorso in via straordinaria. Secondo il vigente ordinamento amministrativo il ricorso in via contenziosa alla IV Sezione e quello in via straordinaria al Re sono ricorsi paralleli, di guisa che l'esperimento dell'uno esclude quello dell'altro e, collocati ambedue al di sopra della gerarchia amministrativa, fanno capo al provvedimento ultimo e solenne, al di là del quale non è possibile rimedio. Questo parallelismo e questa virtù di reciproca esclusione sono scolpiti nell'art. 28 della legge sul Consiglio di Stato, ove, in omaggio al principio, che « electa una via non datur recursus ad alteram », si dispone che la presentazione del ricorso in via straordinaria esclude il ricorso in via contenziosa e le espressioni della legge sono tali da lasciar comprendere che qualunque sia la parte fattasi ricorrente innanzi all'autorità del Sovrano non sia più possibile a nessun altro di presentarsi alla giustizia contenziosa. La quale interpretazione, accolta da questa sezione fin dal suo inizio, se può certamente dar luogo ad inconvenienti, evita però quello che pur sarebbe gravissimo, di contraddizioni fra i responsi delle Sezioni unite del Consiglio di Stato e le decisioni di questa Sezione, costituendo la Sezione medesima in giudizio di suprema revisione dei provvedimenti sovrani emessi sul voto del consiglio plenario, solo perchè diversa è la parte che ne eccita la giurisdizione.

P. q. m., rigetta.

(1) Che il decreto reale emanato sul ricorso straordinario non possa impugnarsi dinnanzi alla IV Sezione ritiene esplicitamente l'Orlando, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia*, nel *Compl. Tratt. di dir. amm.*, n. 78, p. 75 dell'estratto.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

L'OSTRUZIONE PARLAMENTARE

DAVANTI AL DIRITTO ED ALLA POLITICA COSTITUZIONALE

Certamente è la prima volta questa, nella quale occorre di parlare di *ostruzione parlamentare* nel Diritto pubblico italiano, perchè nuovo per noi era il fenomeno avanti che si presentasse sul finire della primavera del 1899 alla nostra Camera elettiva, durante il corso della discussione del noto disegno legislativo sui *provvedimenti politici*, per proseguire poi fino al seppellimento dei medesimi, ed anche dopo.

Egli è appunto per tale novità, forse, che la considerazione di codesto fenomeno non ha potuto trovare posto, finora, nelle opere dei principali cultori nostri delle discipline costituzionali, nè dei pubblicisti più noti. Nessuna traccia in esse di un accenno che potesse significare qualmente il medesimo dia vita ad un problema, che, al pari di tanti altri che vanno sempre più imponendosi in questi ultimi tempi all'attenzione degli studiosi, dovrebbe pure far parte del moderno Diritto costituzionale.

Così è avvenuto, che, al primo suo apparire, e senza che fosse stato un momento solo riguardato sotto l'aspetto scientifico, quel fenomeno rimase in balìa completa alle inconsulte e parziali esagerazioni della letteratura giornalistica, le quali andarono determinando ognor più intorno ad esso una serie di giudizi oltremodo unilaterali, punto scientifici, utili solo in quanto le passioni della politica militante fossero meglio e nella più varia maniera riusciti a solleticare.

Non mancarono per tal guisa coloro che tentarono di sostenere la legittimità dell'ostruzione parlamentare italiana: i più si ostinarono ad affermare che essa rappresentava evidentemente l'ultimo ed il più funesto dei fenomeni morbosi connessi al *parlamentarismo* e da esso derivanti, quello anzi che dalla decadenza del sistema parlamentare portava direttamente alla sua rovina, in quanto costituiva la negazione stessa del sistema.

Gli uni e gli altri, però, non seppero giustificare le rispettive loro affermazioni che attingendo ai soliti luoghi comuni; nè vi fu chi ne traesse occasione propizia per dare una veste scientifica alle contrastanti opinioni.

Ricordasi solo, al riguardo, il notevole articolo col quale un distinto parlamentare del momento presente, l'on. Sonnino, nel novembre dello stesso anno 1899, di questo punto facevasi a discorrere nella *Nuova Antologia:* egli però contentavasi di un accenno molto fugace, quanto bastava a proclamare la necessità d'introdurre nel nostro Parlamento delle riforme regolamentari in senso ristrettivo (1).

Era, infatti, questa tendenza alle restrizioni che allo articolista aveva di già inspirato, nel giugno precedente, la presentazione alla Camera di una proposta di riforma tendente ad impedire pel futuro (al pari di un'altra analoga dell'on. Simeoni) qualunque più lontano tentativo di ostruzione.

E fu quella proposta appunto che determinò una prima riunione della Giunta permanente per il regolamento: la quale, in una seconda seduta del 16 giugno, dopo avere respinto tutti gli emendamenti proposti dalla minoranza della Commissione (di cui fu relatore l'on. Sacchi), finì per concretare le sue deliberazioni intorno ad un articolo 89 *bis*, che al surriferito ordine d'idee era inspirato, e nominò a relatore l'on. Cambray-Digny.

La proposta, com'è noto, fu presentata alla Camera, dove, se non potè ottenere l'approvazione, determinò tuttavolta degli avvenimenti e degli effetti così tristi che, pur troppo, serviranno a far ricordare mai sempre con rammarico quel periodo della nostra storia parlamentare, alla quale si collega il famoso decreto-legge 22 giugno.

Senonchè la idea delle restrizioni intese a debellare l'ostruzione fu tutt'altro che abbandonata, mentre la scienza punto si curò di esaminare, dal suo punto di vista, se quella tendenza rispondesse veramente ad una indefettibile conseguenza dell'intima natura della ostruzione parlamentare, siccome pareva ritenesse l'articolista della *Nuova Antologia,* o se invece la medesima fosse da approvarsi o da respingersi a seconda del diverso apprezzamento di fatto del fenomeno ostruzionista, nonchè dello spirito delle tradizioni nazionali, alle quali sovra ogni altra cosa vuolsi che la scienza abbia riguardo.

Per tal modo, non deve recare meraviglia che quella precedente inclinazione proseguisse imperturbata il suo progressivo cammino, nel secondo periodo delle lotte ostruzioniste, attraverso la nota mozione presentata nel 21 marzo dello scorso anno dall'on. Cambray-Digny, successivamente modificata dallo stesso proponente nella seduta del 24, fino alla ben nota proposta dell'on. Pel-

---

(1) Cfr. *I decreti-legge e il regolamento della Camera* (*Nuova Antologia*, 16 novembre 1899, pp. 296-308). Dove appunto, pure ammettendosi che il ricorso al sistema dei decreti-legge fosse contrario al retto funzionamento degli istituti rappresentativi, subordinavasi praticamente la necessità di eliminare tale ricorso « alla introduzione di riforme nel regolamento della Camera, che valgano ad assicurare nei casi di necessità e di urgenza la sollecita risoluzione delle questioni sottoposte al giudizio del Parlamento dal Governo, nonostante qualunque più fiera opposizione delle minoranze, e pur rispettando in queste ogni uso ragionevole della libera discussione ».

loux del 29 stesso mese che condusse all'approvazione per alzata e seduta delle riforme regolamentari, nella tornata del 3 aprile successivo.

Tant'è adunque: mentre la ostruzione parlamentare potè recare, praticamente, per quanto poi temporaneamente, notevoli conseguenze riguardo al Diritto pubblico italiano (1), si può dire che manchi ognora una indagine scientifica sulla natura stessa di codesto fenomeno di fronte al Diritto.

Si direbbe che, a fatti compiuti, un tale esame sembrerebbe ultroneo, se non dovesse servire per dare un sereno giudizio rapporto a quelle conseguenze. Sopratutto, però, importa ricordare che la ricostruzione giuridica di qualunque nuovo argomento che si appresti alla considerazione della disciplina costituzionale ha pur sempre da ritenersi utile allo sviluppo della scienza stessa, indipendentemente da quelle molteplici eventualità politiche, che in questo caso han potuto, come vedremo, e potrebbero pur sempre modificarne od invertirne, nella sostanza e negli effetti, il tenore delle risoluzioni.

È nostro intendimento, pertanto, di studiare, nei rapporti del Diritto costituzionale, la natura di questo fenomeno della ostruzione parlamentare dapprima, per poi vedere nella pratica i criterî che debbono inspirarne le conseguenze e dirigere il giudizio pelle medesime di fronte alla scienza politica.

***

L'attuazione della forma tipica dei metodi ostruzionisti si rivela, di fatto, con l'esercizio energico di tutti quei diritti che o sono esplicitamente riconosciuti o non espressamente limitati, nel regolamento dell'Assemblea legislativa, a favore dei membri di essa: quali le assenze o la diserzione dalla sala, la verificazione del numero legale, i discorsi numerosi o prolissi, la molteplicità degli ordini del giorno o degli emendamenti e le votazioni nominali.

In fatto, quindi, l'ostruzione è un mezzo di lotta che rispetta la *lettera* della legge: benchè per effetto di essa una esigua minoranza possa, mediante lo svolgimento di lunghissimi discorsi e di ordini del giorno interminabili e d'innumerevoli emendamenti e di domande infinite di appello nominale, riuscire a prolungare all'infinito la discussione ed anche impedire ogni deliberazione.

Ed allora si è dovuto dire: se lo Statuto ha proclamato il governo della maggioranza entro i limiti fissati dalla Costituzione, non v'ha dubbio che l'ostruzione viola lo *spirito* della legge, poichè appunto ponendo l'Assemblea legislativa nella impossibilità materiale di deliberare e quindi di ottenere la con-

(1) Diciamo temporaneamente, perchè, com'è noto, col rinnovamento della Camera avvenuto in seguito alle elezioni politiche del giugno u. s., le opposizioni radicale e costituzionale provocarono ed ottennero la revoca della riforma regolamentare improvvisata con la deliberazione suddetta del 3 aprile, facendola sostituire da altra più razionale ed opportuna.

statazione della maggioranza legale, impedisce perciò stesso il funzionamento regolare del Governo parlamentare. Essa quindi costituirebbe « la negazione pratica del principio che sta a base delle istituzioni rappresentative » (1): sarebbe un mezzo sostanzialmente rivoluzionario, che, se pure da taluni non vorrebbe *a priori* condannarsi, poichè anche le rivoluzioni trovano spesso una giustificazione di fatto, dovrebbe in ogni modo considerarsi siccome incostituzionale, in quanto dallo spirito della legalità costituzionale si allontana violentando la Costituzione medesima.

E v'ha chi ha di recente definito codesto fenomeno siccome « l'abuso delle facoltà consentite dai regolamenti delle Assemblee al fine di ostacolare l'azione loro o quella dell'amministrazione » (2): come non è mancato perfino chi ha creduto di qualificare l'ostruzione per « uno dei più gravi delitti politici », il quale, alla pari di qualunque altro, dovrebbe soggiacere alla pena, da infliggersi dal magistrato comune dietro azione provocata a cura del Ministero (3).

Noi, considerando il fenomeno dal punto di vista rigorosamente scientifico, dobbiamo premettere che non deve trattarsi qui di quella forma di esso che solo impropriamente va sotto il nome di ostruzione, e che in sostanza si fa consistere in un complesso di disordini e violenze, unicamente rivolti ad ostacolare il regolare esercizio dei poteri dell'Assemblea, perchè nel caso la violenza non è che un mezzo di sopraffazione del diritto, e come tale contraria ai principî fondamentali di governo di ogni libero Stato.

È della *ostruzione propria*, di quella che consiste solo nell'uso dei mezzi procedurali suindicati, che intendiamo parlare: e questa, di fronte alla ragione del diritto, ci pare che non possa considerarsi nella maniera assoluta con cui l'opinione dei più la intende, per doverla in ogni caso condannare.

Vediamone infatti le ragioni.

***

Secondo la teoria comunemente ammessa, la forma di Governo parlamentare, caratterizzata dall'istituto del Gabinetto, mira sostanzialmente ai due seguenti scopi:

1.° ad integrare la nozione dell'autorità del Capo dello Stato, in quanto il Gabinetto assume la responsabilità dei di lui atti;

2.° ad attuare una permanente armonia tra la Corona ed il

(1) Loc. cit. p. 297.

(2) Cfr. Ugo Galeotti, *Principî regolatori delle Assemblee*, Torino, Bocca 1900, p. 254. Avverte peraltro l'A. che il suo è uno studio esclusivamente procedurale, che non intende addentrarsi nella legittimità dell'ostruzione, p. 256.

(3) Cfr. Morini, *La decadenza del sentimento monarchico in Italia*, Firenze 1900, Parte III, p. 219 e segg.

Parlamento, in quanto quello da un lato si forma e dall'altro si dimette, mediante le così dette *crisi*.

L'andamento normale di detta forma di governo presuppone che in seno all'Assemblea legislativa si delineino due grandi partiti, l'uno ministeriale che costituisca la maggioranza e serva di base e di appoggio costante agli atti del Gabinetto, l'altro di opposizione costituzionale che, pur essendo per il momento in minoranza, tenda con la discussione a diventare a sua volta maggioranza per dar base ad un diverso indirizzo governativo.

È noto che il Gabinetto al potere dispone di parecchi mezzi onde esperimentare la fiducia dell'Assemblea: quando, facendo uso di essi, ne ritragga il biasimo o la censura, in guisa che non possa più oltre essere sorretto dalla fiduciosa cooperazione dell'antica maggioranza, offre le proprie dimissioni alla Corona, la quale, valendosi della prerogativa di nomina dei ministri, chiama il capo designato dalla opposizione costituzionale a costituire un nuovo Gabinetto che riscuota l'approvazione della nuova maggioranza, nelle mutate condizioni parlamentari.

Questa è la via normale d'uscita, segnata al retto esercizio del Governo di Gabinetto: la quale appunto suppone che una costante armonia debba regnare fra il Gabinetto stesso e il Parlamento. Quando adunque una crisi si verifica in quella maniera normale, è segno che tale armonia più non sussiste, e perciò l'antica minoranza prende il posto della maggioranza senza turbamento degli ordini costituzionali.

Ma può avvenire tal fiata — e pur troppo avviene anzi spesso nelle attuali condizioni di fatto dei Governi parlamentari — che, pur essendovi accordo formale fra il gabinetto e la maggioranza, quella che in seno al Parlamento si manifesta maggioranza *legale* non costituisca al tempo stesso una maggioranza *reale*, rispondente cioè alle condizioni reali del paese e della coscienza nazionale.

In tal caso, ove il Gabinetto non preferisca dimettersi — come fu uso sovente nelle imitabili pratiche d'Inghilterra — non si può disconoscere che la ulteriore conservazione di esso al potere accentuerebbe l'inevitabile dissidio fra la rappresentanza nazionale ed il paese medesimo: e il dissidio, oltre al far mancare ogni ragione di legittimità al governo imperante, produrrebbe a lungo andare danni incalcolabili alla nazione, se pure non metterebbe in pericolo l'istituzione della Corona.

Epperò è la Corona che, intervenendo allora ad apprezzare con sovrano giudizio la situazione, ove non stimi licenziare senz'altro il Gabinetto per chiamare al governo il capo più autorevole della minoranza — la quale soluzione è spesso giuridicamente e politicamente corretta, purchè riservata ai casi più gravi — dà vita alla sua prerogativa di scioglimento dell'Assemblea per interrogare direttamente il paese con la convocazione dei comizi.

È un principio questo, già da lungo tempo fermato dalla dottrina e dalla pratica inglese specialmente: che cioè, nella forma

di Governo parlamentare, alla Corona spetti costituzionalmente codesta delicata facoltà di preservare eventualmente il popolo dai danni inerenti alle prepotenze esercitate da maggioranze parlamentari e dalle politiche oligarchie: e tale facoltà si attua appunto mediante l'esercizio della prerogativa di licenziamento dei ministri, alla quale la Corona inglese non ha invero rinunziato mai, o di quella di scioglimento della Camera, allorchè essa ritenga che la medesima più non costituisca l'organo rappresentativo della volontà nazionale (1).

Nell'un caso, come nell'altro, è legittimo il presumere che il Re agisca invece, con quest'atto, siccome l'interprete vero di quella volontà, salvo poi il giudizio sovrano che sia per portare il paese, nel primo caso mediante lo estrinsecamento di quelle manifestazioni dirette della sovranità sociale che tutti riconoscono alla stampa, alle riunioni ed associazioni, ed in genere alla pubblica opinione, nel secondo, mercè l'esercizio del diritto di voto traverso quell'istituto che è più direttamente preordinato alla estrinsecazione organica della volontà nazionale, val dire l'elezione.

Deriva da ciò, a noi pare, come conseguenza logica che, ove la Corona non voglia avvalersi dell'esercizio di queste sue prerogative, laddove d'altro lato risulti chiaramente che il Gabinetto più non rispecchi le tendenze del paese, dal quale la maggioranza parlamentare, incerta o provvisoria o meccanica, siasi allontanata in guisa da non potere più oltre rappresentare l'organo principale della sua volontà politica, trova in tali condizioni giuridico fondamento l'esercizio dell'ostruzione da parte delle minoranze di opposizione, mercè il ricorso legale a tutti quei diritti regolamentari, onde possano procrastinarsi le risoluzioni della materia in discussione, per guisa da lasciar tempo alla volontà del paese di manifestarsi decisa ed energica ed imporsi nello Stato. Se così non fosse, bisognerebbe consentire a ritenere che il dissidio ormai costituzionalmente sorto fra Camera e paese possa prolungarsi all'infinito, per difetto di una giuridica soluzione: è vero, per contrario, che ove questa non venga dalla Corona opportunamente apprestata, non resta che alla minoranza parlamentare di prepararvela con quel mezzo.

Non neghiamo, è certo, la eventualità di condizioni speciali, che debbono imperiosamente consigliare talora al Sovrano, anche nei suddetti casi, di mantenere il Gabinetto al potere senza decretare l'appello al paese, come quando, ad esempio, di tale misura eccezionale potesse trarre esclusivamente profitto una

---

(1) V. CARDON, *Svolgimento storico della Costituzione inglese*, vol. II, p. 513. È vero bensì che molti sono coloro che vorrebbero contestare alla Corona codesta facoltà di scioglimento allorchè siavi accordo fra il Gabinetto e la maggioranza parlamentare. A noi peraltro sembra innegabile, in base al principio che il Re solo può apprezzare, secondo un ordine superiore di vedute sue proprie, nella sua qualità di Capo dello Stato, l'indole dei rapporti politici fra il Gabinetto, la maggioranza parlamentare ed il paese.

fazione sovversiva per accrescersi notevolmente, col saper solleticare le correnti popolari, a spese del retto esercizio delle giuridiche attribuzioni della Corona o degli interessi supremi dello Stato. Ma quelle condizioni politiche appunto presuppongono uno stato di anormalità patologica nella vita del medesimo: onde, se alla Corona non fosse riservata la suprema prerogativa di apprezzamento e di resistenza insieme, esso ne risentirebbe talora perniciosi effetti, come quando si trattasse di dover cedere ad ogni sollevazione precipitata ed inconsulta di minoranze parlamentari o di *pronunciamenti* popolari, i quali altro non rappresentano sovente che la tirannia della piazza: e a questa è dovere supremo ed imperioso il resistere eventualmente, nell'interesse dello Stato medesimo.

Senonchè, non questo caso noi contempliamo, bensì quell'altro in cui il Sovrano, senza una vera necessità di Stato, si rifiuti di accogliere le manifestazioni *legittime* della volontà popolare, che in seno al Parlamento si concretino nelle aspirazioni di una minoranza organicamente compatta ed omogenea, ma soverchiata e schiacciata dalla brutalità di una maggioranza numerica, che non sia alimentata da virtù organica di principî e di tendenze, bensì composta di un aggregato meccanico di interessi e di persone fra cui non possa sussistere organica affinità.

In tale evenienza, la *ostruzione* altro non rappresenta che la *sostituzione legittima*, diremmo, della coscienza della *vera rappresentanza nazionale* alla coscienza non vera che, nella nuova posizione intervenuta nel funzionamento del Governo parlamentare, di essa siasi fatta il Sovrano per rapporto all'eventuale esercizio della prerogativa accennata di sopra. Epperò, in tal caso, vuolsi in quella ravvisare l'unico mezzo costituzionale, sebbene per natura sua *eccezionale* (come del pari eccezionale è la facoltà riconosciuta alla Corona di licenziare il Gabinetto o di sciogliere la Camera), adatto a risolvere il conflitto.

Data pertanto codesta singolare posizione, per cui, non potendosi provocare in alcun modo una crisi che, definendo le difficoltà della posizione stessa, riconduca, nel funzionamento dei pubblici poteri, quell'equilibrio e quella armonia che, se non *formalmente*, sono però *sostanzialmente* turbati ed anzi distrutti, è evidente che la minoranza eserciterà un suo diritto ricorrendo ai mezzi ostruzionisti, onde riuscire almeno a procrastinare quelle deliberazioni che, pure appoggianti l'attuale indirizzo governativo e da esso a lor volta appoggiate, non sono peraltro sorrette dall'assenso della coscienza popolare, con la quale anzi si rivelano in aperto contrasto.

E si dirà che, con ciò, essa attua un *diritto*, appunto perchè la *base giuridica* della forma di Governo rappresentativo sta nel *consenso popolare:* questo mancando, ne diventa *arbitrario* il funzionamento, onde *legale* sarebbe e *legittimo* ad un tempo il mezzo in tale caso adoperato dalla minoranza parlamentare allo scopo di eliminare quella illegittimità.

Nè si dica tal mezzo incostituzionale, perchè, se rispettoso della forma, sarebbe però violatore dello *spirito* sostanziale della Costituzione.

In quella vece allo spirito di essa si attinge la necessità di armonizzare costantemente colle supreme esigenze dello Stato la manifestazione legittima della volontà popolare, mediante l'istituto del Gabinetto: ed è dentro questi limiti appunto che è costituzionalmente proclamato l'impero della maggioranza nelle Assemblee rappresentative. Ora, se da quei limiti si è fuoruscito, col disconoscere la legittima manifestazione di quella volontà — che, nel caso presupposto, è *legittima* solo in quanto si riconduca alla volontà espressa della minoranza parlamentare —, è evidente che, mentre con ciò si rispetta la *forma*, si viola invece lo *spirito* della legge e della Costituzione. Per contrario, il mezzo adoperato dalla minoranza sarà quello che, mentre non viola la forma, rispetterà del pari lo spirito vero della Costituzione.

Un'alta ragione costituzionale ha dunque invece per noi l'*ostruzione parlamentare*, considerata alla stregua dei suesposti principî, quale un fenomeno eccezionale bensì, ma non di natura sua antigiuridico, come vogliono molti, il quale si riscontra nella manifestazione organica del sistema rappresentativo parlamentare.

Essa non sarebbe che la forma più acuta di quella *opposizione parlamentare*, che è condizione essenziale della vita organica dei corpi rappresentativi: e come tale, potrebbe per l'appunto definirsi siccome « quella forma speciale ed eccezionale di opposizione, che una minoranza parlamentare, entro i limiti assegnati dalle leggi e dai regolamenti costituzionali, esercita contro il Gabinetto e la maggioranza, allorchè, per le condizioni speciali di composizione di quest'ultima e per la riluttanza del Sovrano a valersi delle prerogative più specialmente dirette alla eliminazione del conflitto, a quella riesca impossibile provocare una *crisi*, che sarebbe invece resa necessaria dalla mancata armonizzazione reale ed effettiva della volontà dell'Assemblea con la volontà nazionale ».

***

È notevole come codesta concezione giuridica del fenomeno ostruzionista non contraddica punto, anzi risponda pienamente ai principî fondamentali che governano l'istituto della rappresentanza politica.

È risaputo infatti che questa, secondo le opinioni più correttamente fermate in materia, non implica il concetto di un vero e proprio mandato giuridico conferito dagli elettori all'eletto, dai costituenti al deputato, onde appunto si comprende la esclusione esplicita od implicita del mandato imperativo che esiste nelle Costituzioni moderne: ma neppure vuolsi considerare l'elezione rappresentativa siccome una pura e semplice designa-

zione dei capaci o dei più capaci, i quali verrebbero a costituire un corpo interamente staccato dalla coscienza nazionale.

In quella vece, è più conforme alla natura dello Stato veramente costituzionale l'ammettere che il Parlamento debba costituire bensì « un organo autonomo dello Stato, un istituto costituzionale vivente per forza propria », ma « un organo essenzialmente rappresentativo, cioè un organo di congiunzione tra la Società e lo Stato »: orgàno fondamentale e necessario, anzi il più ragguardevole, per quanto riguarda la più alta funzione di Stato, qual'è la funzione legislativa (1).

Come tale, il Parlamento non può derogare al principio informativo della natura essenziale dello Stato rappresentativo, o, come direbbe Luigi Rossi, al presupposto intrinseco della sua figura, che è « la presunzione di un accordo tra quello che volgarmente si chiama lo *Stato reale* con lo *Stato legale* » (2).

Ne deriva che, mentre esso medesimo può e deve influire ed agire sulle diverse orientazioni dello spirito pubblico, non si sottrae d'altra parte a quella influenza costituzionalmente decisiva che su di esso può e deve esercitare l'opinione pubblica per mezzo di tutte le manifestazioni dello spirito popolare.

In questo accordo di reciproca fiducia ed armonia fra il Parlamento ed il paese sta appunto riposto il principio fondamentale del buon andamento del Governo rappresentativo: quello che delle Assemblee politiche spiega il carattere rappresentativo, rendendo possibile a dir così quella malleabilità di principî che è propria del Diritto pubblico, in confronto della logica rigorosamente inflessibile che domina il campo del Diritto privato.

Ciò posto, l'Assemblea parlamentare in tanto ha giuridicamente ragione di funzionare, in quanto, ponendosi in armonia col corpo sociale onde deriva, possa, mediante la base di appoggio di una maggioranza solida, consentire al Gabinetto il còmpito di attuare l'armonizzazione del corpo sociale medesimo con le esigenze dello Stato, per ottenere la congiunzione in un fecondo e felice connubio della Società con lo Stato stesso; e le *crisi* nel Governo di Gabinetto sono appunto preordinate a conservare inalterata tale armonia.

Ma, se di questa virtù di accordo si addimostrò sfornita la maggioranza parlamentare, perchè divenuta meccanica e formale, e pare sia invece la minoranza quella che veramente risponda al suaccennato concetto armonico, è evidente che questa, finchè un'altra soluzione costituzionale non intervenga a dirimere il conflitto, deve ritenersi investita del diritto di procrastinare, mercè il ricorso ai mezzi regolamentari, quelle deliberazioni di maggioranza, che, fuorviando dallo spirito della coscienza nazionale, non potrebbero per ciò stesso rispondere alle ragioni contingenti del Diritto.

---

(1) L. Rossi, *Principî fondamentali della rappresentanza politica*, Bologna 1894, pp. 135, 144, 218.

(2) Ivi, p. 221.

E si noti che questa teoria, sapientemente intesa, presenta il vantaggio di stabilire un principio di diritto generale, indipendentemente da quella serie di distinzioni che, per timore forse di sembrare troppo audaci, soglionsi fare da taluni, in maniera da condurre alla distruzione stessa del principio, allorchè il medesimo si voglia portare alle sue ultime conseguenze.

Così, per esempio, data la posizione che noi facciamo nel Diritto pubblico al problema preso in esame, mediante quella teoria, non gioverebbe distinguere fra l'esercizio delle diverse funzioni parlamentari, la legislativa e la ispettiva, per restringerne l'applicazione all'una o all'altra di esse esclusivamente.

Sia infatti che il Parlamento agisca nell'una o nell'altra delle medesime, non può disconoscersi la necessità che esso conservi sempre il suo carattere rappresentativo; e cosifatta necessità è stata talmente sentita, che tutte le Costituzioni prefiggono un limite di tempo alla durata dei Parlamenti, acciocchè i medesimi non vengano mai a perdere quel carattere. Questo soltanto potrà variare, nel senso di rendersi più intenso nell'esercizio della funzione ispettiva ed a seconda dell'impulso di molte e svariate ragioni d'indole politica, che qui non mette conto il dettagliare, ma senza che perciò debba venir meno quando trattisi di legiferare.

Tanto più, anzi, è da avvertirsi che, data la natura del costituzionalismo, le più importanti riforme legislative non possono farsi, prescindendo da quel lento lavorìo di adattamento allo stato sociale, che deve indicare la scelta del momento veramente propizio per la loro applicazione, e sopratutto senza quelle larghe e complete discussioni parlamentari che diano il modo d'interpretare con la maggiore possibile esattezza il contenuto della coscienza nazionale a riguardo di esse (1).

Per la stessa ragione mal sapremmo adattarci, dal lato giuridico, a quella distinzione che taluni vorrebbero introdurre, allo scopo di legittimare l'ostruzione, nel campo medesimo dell'esercizio della funzione legislativa parlamentare.

Non s'ignora, infatti, come vi siano di quelli i quali sostengono che l'ostruzione possa e debba dirsi legittima solo allora che si tratti di applicarla alla discussione di disegni di legge riguardanti l'esercizio di diritti statutarî, ed in genere a tutte le leggi d'indole costituzionale.

Basterà, invero, consultare la relazione fatta dall'on. Sacchi a nome della minoranza della Commissione del giugno, già in principio ricordata.

« L'ostruzionismo — vi si dice — non può giudicarsi imparzialmente da chi confonde qualunque proposizione di legge, senza badare alla portata di ciascuna, e per tutte proclama il predominio della maggioranza. Vi sono diritti essenziali del cittadino riconosciuti dallo statuto del regno, che non devono e non pos-

(1) Identico è il concetto delineato dal Rossi nella citata opera, a p. 80, § 55.

sono essere menomati dalla maggioranza parlamentare; quando questa, valendosi della sua possanza, mira a toglierli o ridurli, è inevitabile che a loro difesa la minoranza si opponga con tutti i mezzi di legale resistenza, che sono conceduti dalle norme regolamentari di ciascuna Assemblea parlamentare. L'intervenire allora della maggioranza a togliere o infirmare anche queste guarentigie è atto incostituzionale.

« Il regime parlamentare — continua la Relazione — importa indubbiamente poteri illimitati e illimitabili, specie alla Camera dei deputati, e il Parlamento è di sua natura organo sempre costituente della nazione. Ma appunto perciò a qualsiasi riforma statutaria, sovratutto se in senso restrittivo, deve lasciarsi il più largo campo di discussione, cosicchè non solo la minoranza abbia modo di esaurire ogni difesa legale, ma sia dato al paese di pronunciarsi mercè quel continuo formarsi e determinarsi delle correnti della pubblica opinione, per cui in un grande paese richiedesi il tempo e l'agio di larghi dibattiti nel Parlamento e nella stampa e la feconda agitazione che ne consegue o ne dovrebbe conseguire nelle associazioni e nei collegi dei deputati.

« Per lo che — si conchiude — la maggioranza parlamentare avrebbe diritto di lagnarsi dell'ostruzionismo che fosse vòlto a resistere ad atti legislativi che toccassero tutte le materie dell'amministrazione dello Stato; ma non ha diritto di lagnarsene quando essa si appresta a restringere il diritto di stampa o quello di riunione e di associazione o il suffragio elettorale o qualunque altro diritto statutario. Allora la maggioranza parlamentare deve rimanere alla Camera a sostenere e difendere le sue proposte, e deve in sè stessa e nel consenso da essa presunto del paese trovare la forza di superare l'opposizione, nel che soltanto può trovare la legittimazione della sua condotta » (1).

Abbiamo riportato per intero questo brano della Relazione, per far rilevare come, se i concetti in essa contenuti sono sostanzialmente accettabili in applicazione del principio generale da noi fermato, si rivelano peraltro essenzialmente arbitrarie e dello stesso principio destruttive le distinzioni e restrizioni alle quali ivi timidamente si accenna.

Imperocchè, tra le altre cose, non si possono dire così precisamente fissati nella dottrina i caratteri distintivi tra le leggi

---

(1) Lo stesso concetto risulta, anche meglio espresso, dalla nota inserita, ad instanza dello stesso on. SACCHI, nella relazione dell'on. CHIMIRRI, con la quale venivano proposte le misure regolamentari restrittive adottate con deliberazione della Camera delli 3 aprile 1900.

Tale nota infatti è così concepita: « Il concetto che la maggioranza dell'Assemblea ha diritto di deliberare come crede e non deve esserne impedita da una minoranza dopo che questa abbia avuto il modo di manifestare il suo dissenso, è giusto sol quando la maggioranza non miri a restringere i diritti fondamentali di libertà e di suffragio che formano il contenuto essenziale della costituzione politica del paese. Questo caso avverandosi, la minoranza, che la Costituzione vuol difendere, non può più essere giudicata a stregua del regolamento interno dell'Assemblea, ma ha diritto di chiedere che il paese sia chiamato a giudicare in supremo appello se la sua volontà sovrana sia rappresentata dalla maggioranza o dalla minoranza ».

costituzionali e le ordinarie, da poter impedire che il Parlamento abbia ad abbandonarsi ad arbitrarie interpretazioni, ove sia luogo a discutere di ciò, e sovratutto a giudicare la legittimità o meno dell'ostruzione. E d'altra parte, per volersi attenere al vero e giusto significato dato alla parola dalla dottrina ed in ispecie dalla pratica inglese, *incostituzionali* non dovrebbero dirsi soltanto quelle leggi che tendano a sopprimere o diminuire i diritti fondamentali di libertà e di suffragio stabiliti a favore del cittadino nella Costituzione scritta, bensì tutte quelle leggi e quegli atti coi quali il Parlamento, pretendendo d'invadere ed usurpare poteri non consentitigli dallo spirito della Costituzione, urtasse contro l'indole e lo spirito del libero governo, consacrando quindi un vero abuso di diritto, di fronte ai limiti giuridici entro i quali deve mantenere la propria sfera di attività.

In quella vece, data la possibilità che l'*ostruzione parlamentare*, nel senso da noi indicato, assuma il carattere d'una vera e propria *necessità giuridica* tutte le volte che la maggioranza parlamentare d'accordo col Governo intendesse consacrare abusi consimili, è evidente che non vi sarebbe luogo a restringere il giusto principio fermato dall'on. Sacchi a quel caso solo, in cui la discussione verta su disegni di legge che si riferiscano all'esercizio dei diritti statutarî fondamentali.

Questa limitazione, è vero, potrebbe sembrare opportuna allorchè, data la politica necessità d'apportare gravi restrizioni alla libertà della tribuna parlamentare, si trattasse di fissare con criterî politici entro quali limiti e fino a qual punto codesta libertà debba coartarsi. Ma la cosa è diversa, considerata che sia sotto l'aspetto giuridico.

Imperocchè, da quanto dicemmo relativamente alla natura dell'ostruzione parlamentare, sembra potersi logicamente dedurre che, se nel sistema parlamentare l'autorità della maggioranza deve legislativamente prevalere in confronto di chi contro la medesima volesse opporre la volontà d'una minoranza (onde, chi il contrario sostenesse farebbe opera evidentemente sovversiva e faziosa), gli è pur vero, che tale principio non può rendersi accettabile in senso assoluto, ma va invece subordinato, in *senso giuridico*, alla condizione che la volontà e l'azione della maggioranza stessa siano in armonia con la coscienza giuridica nazionale. Ove ciò non sia, la maggioranza non può che rappresentare la preponderanza numerica: onde le sue deliberazioni, abbenchè nella forma legali, dovrebbero dirsi sostanzialmente *illegittime*, siccome derivanti unicamente dalla violenza, tanto più mostruosamente deplorevole quanto più si estende il numero degli stessi componenti la maggioranza. Per cui si può dire che l'*ostruzione parlamentare* assuma un carattere perfettamente giuridico allorquando sia diretta ad allontanare o ritardare codeste deliberazioni sostanzialmente illegittime: e ciò può avvenire, anche all'infuori d'una discussione di leggi d'indole costituzionale; sebbene, peraltro, sia e debba essere questo principalmente il campo d'azione apprestato ad un rimedio, come dicemmo, per sua natura affatto eccezionale.

Epperò quelle disposizioni di qualsivoglia genere, che mirino ad impedire ogni e qualunque caso d'ostruzione, anzichè ad allontanare gli abusi cui potrebbe la medesima dar luogo (locchè avverrebbe solo allora che il regolare funzionamento dei lavori parlamentari venisse, dal prolungarsi d'una discussione, turbato *ingiustamente*) dovrebbero sembrarci *giuridicamente eccessive*, in quanto, allo scopo di allontanare il pericolo di eventuali violenze, renderebbero in taluni casi impossibile l'*affermazione del diritto*, di fronte alla *violenza del numero*, che di tutte è certamente la peggiore, comechè del tutto irresponsabile.

Chè se, davvero, dovesse ritenersi lecita e legittima ogni e qualunque deliberazione della metà più uno de' membri di un'Assemblea parlamentare, non sapremmo quale guarentigia sufficiente potrebbero invocare la libertà politica e la civile insieme, nel caso, ad esempio, che la Corona, per insipienza o per inesperienza o peggio ancora per malanimo, si ostinasse a conservare un Gabinetto spalleggiato da una maggioranza che ormai fosse in opposizione alle supreme esigenze dello Stato ed al voto popolare, e d'altro lato l'espressione verace e sincera dei sentimenti nazionali venisse con sistemi repressivi e preventivi soffocata in sul nascere per opera dei due poteri, il legislativo ed il governativo, insieme uniti nell'intento non lodevole di costituire un potere oligarchico a danno dei diritti popolari e ad un tempo di quelli della Corona.

Vi ha un ordine superiore di cose e di principî, che l'uno e l'altro di quei poteri sono costantemente tenuti a rispettare; ed ove nol vogliano, la minoranza parlamentare fa opera eminentemente costituzionale allorchè ve li costringa con l'esempio della protesta collettiva, nel che sovratutto sta l'efficacia de' mezzi ostruzionisti: questi perciò, ai casi estremi riserbati, non si comprende come non debbano sembrare l'unica guarentigia essenzialmente costituzionale contro le politiche violenze, distrutta la quale, nulla più rimarrebbe al popolo per difendere le proprie libertà all'infuori della rivoluzione.

Con ciò crediamo d'avere a sufficienza chiarito in qual modo l'ostruzione parlamentare possa acquistare un vero e proprio significato e contenuto giuridico: e passiamo, senz'altro, ad esaminare le principali obbiezioni che potrebbero farsi alla nostra teorica.

***

Sarebbe facile, anzitutto, osservare che l'ostruzione è un mezzo che oltrepassa il fine, per l'esercizio inevitabile della violenza che porta seco, tant'è che più spesso viene esercitata dai partiti estremi e sovversivi, de' quali la violenza è propria.

Ed invero parrebbe doversi qualificare siccome opera violenta e faziosa quella d'una minoranza ostruzionista, che a qualunque costo voglia contrastare alla maggioranza il diritto di discutere e deliberare, locchè è principio fondamentale della Costituzione dello Stato moderno.

Senonchè l'equivoco consiste nell'enunciare un principio così astratto, senza badare alle condizioni da cui può essere variamente determinato.

Teniamo, infatti, presenti quelle da noi poste all'esercizio *legittimo* dell'ostruzione, e cioè:

a) la *necessità* d'una crisi, che non offenda gl'interessi supremi dello Stato, data la mancata armonizzazione della volontà della maggioranza parlamentare con la volontà popolare;

b) l'*impossibilità* di provocare tale crisi co' mezzi ordinarî, e con quelli straordinarî che sono a disposizione della Corona da un lato, del paese dall'altro.

Se il concorso di siffatte condizioni si verifica, *legittimo* si dirà certamente il fine che l'ostruzione si propone, ed illegittima invece la pretesa della maggioranza di volere più oltre continuare ad esercitare l'antico dominio; posto che, pel fatto stesso che quelle condizioni si verifichino, si dirà che la maggioranza, nell'esercizio de' diritti consentitile entro i limiti costituzionali, ha sconfinato, ossia si è allontanata dal diritto per esercitare invece con la prepotenza del numero un potere arbitrario.

In tale caso, il fine della minoranza ostruzionista giustificherà il mezzo cui ricorre, rendendolo giusto, creando cioè o meglio dando vita al diritto nel compimento di quella data funzione.

Che se poi, nel fatto, tale funzione si estrinsechi con un complesso di violenze e di disordini, ciò non esclude che, sotto l'aspetto formale, questi debbano considerarsi come veri eccessi, a' quali pur troppo è facile giungere allorchè di una cosa utile e buona siasi tratti ad abusare per lo scopo di far trionfare un principio, che può bensì da quegli stessi eccessi rimanere compromesso, anche quando fosse conforme al diritto. Ma ciò appunto deve significare come talvolta la forza giuridica d'un principio per sè stesso sano possa superare ogni previsione di prudenza nell'uso diverso de' mezzi atti a farlo valere, sol che al riconoscimento del medesimo si oppongano delle forze potenti, quanto più formidabili tanto più capaci di suscitare reazioni tempestose e funeste pe' liberi ordinamenti.

Vero è che, anche intrinsecamente considerati, quegli eccessi potrebbero condannarsi siccome il prodotto unico della violenza e della forza brutale; ma in questo caso non saremmo più nel campo d'esercizio di un'azione giuridica, ed è perciò che l'esistenza di questa abbiamo voluto che fosse subordinata all'esistenza delle condizioni preaccennate, in rapporto alla ostruzione vera e propria.

Nè giova il dire, che la pratica suole destinare i partiti estremi all'opera ostruzionista. Ciò è in parte vero (1); ma è con.

(1) Diciamo in parte, poichè può accadere ed accade talvolta il contrario. E per non allontanarci da esempi molto recenti, basterebbe ricordare come alla ostruzione apparsa nel giugno 1899 in Belgio del pari che in Spagna, e che in entrambi i paesi riuscì vittoriosa, parteciparono tutte le opposizioni. Nè può dimenticarsi come gli ostruzionisti del marzo 1900, in Germania, fossero i liberali. Ed anche l'Inghilterra,

seguenza il più delle volte del viziato organamento dei partiti, per cui una opposizione veramente costituzionale non si riveli saldamente costituita ed organizzata in Parlamento, in guisa da poter esercitare essa stessa in que' dati casi que' diritti, cui invece ad un'estrema minoranza è costretta abbandonare per forza d'inerzia.

Epperò non deve meravigliare che il ricorso a' mezzi estremi di resistenza possa essere prerogativa de' partiti democratici più avanzati, non tanto perchè di questi è propria l'audacia e la costanza necessaria a farli valere, quanto perchè, se essi non vi ricorressero, invano si troverebbe rimedio alle violazioni giuridiche più mostruose che Governi e maggioranze intendessero commettere.

Tutto ciò non deve certamente bastare a qualificare siccome intrinsecamente *faziosa* l'opposizione ostruzionista, la quale, invece, attinge il suo carattere eventualmente giuridico non alla qualità ed agli intenti del partito che se ne avvale, bensì al fine cui s'inspira la minoranza che dalla sola potenza numerica della maggioranza sentasi schiacciata.

Diciamo eventualmente, perchè ben chiaro rimane, dopo il sopradetto, che quando l'ostruzione medesima non sorga quale effetto necessario ed inevitabile delle due condizioni suaccennate, alla cui esistenza è solo subordinata la sua legittimità, deve assolutamente qualificarsi siccome *faziosa*, e come tale condannarsi, perchè la peste più esiziale dei Governi costituzionali, anzi, staremmo per dire col Morini, il più grave de' delitti politici.

Potremmo però soggiungere, con sicurezza di non andare errati, che non un'esigua minoranza soltanto può dar vita ad una ostruzione di carattere fazioso e sovversivo, ma la maggioranza parlamentare benanco, purchè maggioranza solo *formale*, di fronte al Governo, ed in questo caso con estrinsecazione di violenze e di prepotenze non minori che negli altri.

Ciò può accadere, quando il Capo dello Stato abbia scelto il Gabinetto da quella che formalmente non è che la minoranza della Camera, ma che pure si presume rappresentatrice in quel momento della volontà del paese, dalla quale invece abbia fuorviato e minacci di continuare a dipartirsi l'opera della maggioranza. È il caso questo, in cui la Corona provvidamente ed opportunamente previene qualunque appiglio a' mezzi di carattere ostruzionista per parte della minoranza medesima: onde, a voler fare opera veramente costituzionale, la persistente maggioranza nominale del Parlamento dovrebbe attendere alla prova il nuovo Ministero, come in parecchi casi è stato uso in Inghilterra. Quando il contrario accade, l'opposizione sistematica di essa maggioranza non può essere che sovversiva.

Ed un esempio classico di tale affermazione ce lo porge in

---

del resto, ci diede l'esempio di ostruzione esercitata dai conservatori stessi, nel 1893, allorchè il Gladstone voleva ad ogni costo far approvare la legge che accordava l'autonomia all'Irlanda.

buon punto, fra i tanti altri, la storia costituzionale inglese, col ricordo delle lotte memorabili sostenute contro il primo Ministero Pitt dalla precedente maggioranza della Camera de' Comuni, diretta allora da Burke, Sheridan, Fox ed altri insigni, per essere stato il Pitt, con un criterio che a torto fu detto da taluni incostituzionale, scelto in seno ad un'apparente minoranza (1).

Nè mancò, fra i grandi scrittori inglesi, chi stigmatizzò il contegno tenuto dal Fox e da quella sua maggioranza: e basti ricordare il Russel, il quale, nelle sue « Memorie di Fox », chiaramente si manifestò d'avviso che tal contegno non solo avesse mancato di dignità, ma non fosse neppure rimasto fedele allo spirito della Costituzione (2).

Ed infatti, la risposta autorevole del paese nelle elezioni susseguite allo scioglimento della Camera ed il costante appoggio che al Pitt serbò successivamente la maggioranza parlamentare per un'epoca lunghissima, dimostrarono all'evidenza come semplicemente faziosa fosse quella schieratasi dapprima contro di lui con ogni mezzo ostruzionista che potesse valere ad arrestarne le proposte.

Per cui non può dirsi che il carattere antegiuridico sia proprio ed esclusivo di quel genere di ostruzione ch'è opera d'una minoranza, mentre può essere eventualmente rivestito eziandio dall'opera della maggioranza.

---

(1) Racconta lo Stanhope, che il primo giorno che Pitt, appena ventiquattrenne, comparì alla Camera in qualità di primo ministro, cinque proposte ostili vennero adottate contro di lui, che si trovò in minoranza una volta di 39 e l'altra di 54 voti. Quindi innanzi gli attacchi contro il Governo si manifestarono e rinnovarono sotto tutte le forme e con assiduità sorprendente; amare invettive, censure spietate, minaccie violenti, frequenti voti di sfiducia, ostacoli e sconfitte di ogni genere. Non di rado la discussione ebbe a protrarsi fino all'alba, fra gli artifizi oratori del celebre Fox e le difese eloquenti del Pitt, costretto a ribatterne gl'insulti ad ogni momento; la menoma tregua o dilazione non volevasi a nessun costo concedere al nuovo ministro, per istudiare le nuove misure che avea in animo di proporre, e che infatti trovavano assenziente il paese. Ma ei sapeva di avere con sè la ragione, e in esso la fe' prevalere, resistendo alle frequenti sollecitazioni dei suoi sostenitori e del re stesso che più volte lo eccitò a sciogliere il Parlamento. Con coraggio unico seppe tener fermo; finchè, quando nel marzo 1784 il Parlamento fu sciolto, ottenne che l'opposizione perdesse nelle nuove elezioni circa 160 dei suoi membri. Così l'opinione pubblica fece giustizia al Pitt, ed egli potè governare per un periodo di tempo, che dal 1784 lo condusse nientemeno che al 1801, ottenendo l'approvazione del *bill* dell'India, che pure aveva suscitato i furori dell'antica maggioranza (Cfr. *Guglielmo Pitt e il suo tempo*, vol. I, capo V. Vedi anche TODD, *Il Governo parlamentare in Inghilterra. Bibl. di scienze politiche*, vol. III, serie I, pp. 71-72, 52-54).

(2) Vero è peraltro che neppure in Inghilterra sarebbe oggi più possibile per un Gabinetto il mantenersi al potere a condizione di dover affrontare la ostilità di una maggioranza parlamentare, sia pure formale. Le mutate condizioni fra la Corona e il Gabinetto renderebbero in casi simili necessariamente e prontamente inevitabile l'appello al paese, nonostante la presunzione che quello, sebbene scelto nel partito che al Parlamento era in minoranza, sapesse rappresentare le tendenze vere ed i voleri della nazione. D'altronde, per essere esatti, convien ricordare che non mancano anche oggi i censori della condotta del Pitt, che vorrebbesi autocratica, sol perchè egli non cedette di fronte alla maggioranza avversaria, e se non si meravigliano dell'accaduto, gli è perchè appunto sostengono che nell'epoca cui accenniamo non fossero ancora correttamente stabiliti i veri principî del Governo di Gabinetto.

Tutto ciò però nulla toglie alla verità storica dei fatti suesposti; ed anzi ci sembra in errore l'ARCOLEO, allorchè, nella sua opera pregiata intorno al *Gabinetto* (Napoli, Jovene, 1881, p. 158), annovera il caso del Pitt fra quelli in cui il Parlamento, avanti di sorgere a censura contro la scelta fatta dalla Corona, credette aspettare per giudicare dagli atti il nuovo Gabinetto. Il contrario infatti si rileva dalle opere da noi dianzi ricordate.

Al contrario — purchè il vocabolo s'intenda in questi casi con una certa larghezza — puossi ravvisare anche dalla parte di essa maggioranza una opposizione ostruzionista di carattere legittimo: e ciò precisamente quando, con tutti i mezzi di lotta più gravi, non escluso lo stesso rifiuto del bilancio, la medesima intenda opporsi ad un Governo e ad un'Amministrazione che non godano punto la sua fiducia, per avere il Sovrano, con abuso di potere personale e senza alcun motivo giustificante di ordine superiore, scelto il nuovo Gabinetto in seno a quella che realmente non era che una esigua minoranza parlamentare, nè per molto tempo ancora avrebbe potuto aspirare a costituire una base solida di governo (1).

Generalmente parlando, poi, non è inesatto il dire che la maggioranza parlamentare pone in essere di sovente una specie di ostruzione *legale* e *legittima:* e ciò accade, allorquando uno o più disegni di legge, o anche l'indirizzo generale del Governo, non essendo ad essa graditi, ma neppur tali da giustificare una crisi, la determinino intanto a mettere in opera tutti quei mezzi dilatorî che col metodo delle attuali procedure, senza far violenza nè alla lettera nè allo spirito dei regolamenti, possono esperimentarsi, pur d'ottenere che un dato disegno legislativo non approdi.

È questo, anzi, il caso contemplato dallo stesso Sonnino, allorchè avverte di non doversi confondere « con l'ostruzione violenta e faziosa con cui una minoranza vorrebbe imporre al Parlamento la propria volontà, violandone il diritto di deliberare dopo esaurita ogni ragionevole discussione, quella più pacifica con cui la maggioranza spesso si difende dal dilemma: o di votare una legge che disapprova o di provocare intempestivamente una crisi ministeriale »: locchè ottiene senza sforzi, e cioè « col procrastinare lungamente, valendosi del lavoro delle Commissioni o mediante piccoli espedienti procedurali, ogni deliberazione sulle leggi proposte, finchè altre discussioni più urgenti non la esimesserò dalla necessità di pronunziarsi » (2).

Ed infatti è provvido per la maggioranza un tal mezzo di difendere la propria libertà di decisione. Tuttavia, in questo

---

(1) Sotto altro punto di vista, un altro genere di ostruzione può esservi, non dalla maggioranza soltanto, ma dall'intera Assemblea parlamentare praticata, e questa pure legittima.

Basta ricordare, infatti, che la storia di parecchi secoli d'Inghilterra, per quanto ha tratto allo svolgimento del sistema rappresentativo, è nient'altro che la storia gloriosa di una resistenza popolare continua, attuata, a base ostruzionista, dal Parlamento contro la Corona allo scopo di rivendicare a sè quella serie di preziose prerogative, che dovettero costituire in appresso il vero fondamento del Governo sinceramente costituzionale. Ed è storia tanto più gloriosa e rimarchevole codesta, in quanto la resistenza era opposta alla Corona direttamente, che era allora il centro principale di conversione di tutte le forze e le forme politiche, e perciò più restìa a rinunziare ai propri poteri secolari o ad usurparne di nuovi: poteri, che, esercitandosi oggidì per mezzo del Gabinetto, che deve armonizzare con la Corona da un lato, dall'altro col Parlamento e col paese, debbono per ciò stesso trasmettersi in altre mani, sempre quando vi siano segni manifesti per far ritenere che quella completa armonia più non sussista.

(2) Cfr. scritt. e loc. cit., p. 299.

caso, la *legittimità* della sua ostruzione non deve concepirsi inerente, o meglio derivante unicamente dal carattere *pacifico* di cui essa la riveste, siccome invece parrebbe al Sonnino, bensì dalla natura intrinsecamente giuridica della ostruzione medesima, che rivelasi appunto nel fatto di non potersi mediante il mezzo ordinario della *crisi* (la cui inopportunità si risolverebbe in sostanza in una non necessità) evitare che quel dato disegno legislativo, ostico alla maggioranza, vera e non fittizia o meccanica, venga tradotto in legge.

Che se la maggioranza, nel ricorrere all'esperimento de' suddetti mezzi dilatorî di carattere ostruzionista, non trascende al pari della minoranza, ciò dipende solo dalla natura essenzialmente diversa di codesti mezzi. E per verità, altro è invocare le lunghezze procedurali per procrastinare l'approvazione d'una legge, altro dar di piglio, come avviene nel caso della minoranza ostruzionista, alle disposizioni regolamentari stabilite a suo favore, non per interpretarle con quella larghezza solita che consente il regolare funzionamento delle Camere rappresentative, sibbene per domandarne l'applicazione più rigida e rigorosa, nell'intento lodevole d'impedire che la maggioranza sancisca nel fatto l'arbitrio per la cui via si è messa, contrastando apertamente d'accordo col Governo la volontà popolare.

In un caso, è evidente che in apparenza non si urta con alcuno dei poteri costituiti; nell'altro, invece, una frazione dell'Assemblea si mette in conflitto fiero ed aperto contro il Governo da un lato e contro la maggioranza dall'altro. Per ciò è facile comprendere come nel primo si possa procedere con mezzi e con sistemi del tutto pacifici, che nel secondo, o non convengano o sembrino insufficienti ad asseguire lo scopo. Ma da ciò non si deve concludere che il primo genere di ostruzione sia sempre *legittimo*, ed *illegittimo* sempre il secondo.

Per lo contrario, come potrebbe per avventura presentarsi con carattere d'illegittimità una minoranza ostruzionista, può del pari, sebbene *pacifica* nel senso espresso dal Sonnino, non perciò meno essere *illegittima* l'ostruzione opposta dalla maggioranza nel senso e con gli stessi mezzi sovraindicati.

Ed infatti, basterà supporre che questa, lungi dal presentarsi con carattere d'organica omogeneità definita da un programma avente i principî e non gl'interessi per base, sia invece composta, come pur troppo avviene oggidì, dall'accozzamento meccanico di diversi e svariati gruppi, ciascuno dei quali da sè solo non possa imporsi per provocare e determinare, a semplice scopo di mire personali di governo, quella crisi di cui pure agogna l'avvento, ma possa invece contribuire insieme con gli altri ad ottenere, a guisa di preparazione al proprio potere, che quel tale o quei tali disegni governativi non approdino, e ciò mettendo in opera i suindicati mezzi dilatorî di carattere ostruzionista.

Questi, in tale ipotesi, non derivando la base del proprio giuridico fondamento dal fine che si propongono, nè tampoco dalla natura essenzialmente antegiuridica od impolitica delle proposte

governative, non si comprende come potrebbero rivelarsi, nei rapporti del funzionamento de' pubblici poteri, legittimi, ancorchè non inspirati a violenze di sorta.

Non è adunque la forma esterna della ostruzione, da qualunque parte della Camera essa venga, che vuol essere assunta ad indice della legittimità della medesima: gli è invece alla natura intrinseca de' fatti da cui è stata determinata che bisogna por mente, ove di quella legittimità si voglia portare adeguato giudizio.

S'intende sempre però, ed è bene ripeterlo, che ostruzione vera, nel senso comunemente voluto, non può esservi che da parte della minoranza.

E, sotto questo riguardo, rivelasi eziandio essenzialmente arbitraria la teorica del Sonnino, allorquando, quasi per voler fare una concessione, che d'altronde gli è strappata dalla necessità troppo evidente di non doversi condannare *a priori* ed in ogni caso il fenomeno di cui trattasi, egli afferma, in appresso, che « l'ostruzione momentanea per parte di una minoranza è scusabile soltanto quando si tratti di superare, senza danno per la cosa pubblica o per la dignità del Parlamento, un breve termine entro il quale potrebbe presumibilmente mutarsi la maggioranza dell'assemblea, come, per esempio, quando si cerchi di dar tempo agli assenti d'arrivare a votare, oppure si voglia impedire una deliberazione precipitata del Parlamento o una sorpresa per parte di una mnggioranza momentanea o casuale », ed in ogni altro caso invece « è da considerarsi come un abuso flagrante de' diritti consentiti alle minoranze dal regolamento, con offesa alla dignità e al prestigio del Parlamento » (1).

In verità, non si comprende come potrebbero accettarsi i due concetti restrittivi dell'egregio autore, quello cioè della *momentaneità*, e l'altro della *scusabilità*.

Infatti la teoria da noi posta non riferisce la legittimità dell'ostruzione alla maggiore o minore sua durata, potendo questa derivare dalla maggiore o minore larghezza dell'obbietto cui si volge, che tanto può essere un solo disegno di legge come una serie di proposte e di disegni legislativi, od in genere tutto un indirizzo di governo che rivelisi apertamente antagonistico col contenuto della coscienza nazionale: e d'altra parte, con la nostra teoria, non *scusiamo* l'ostruzione, ma invece la consideriamo come l'esercizio eventuale di un *diritto*, avente un altissimo senso costituzionale, appunto perchè, ne' casi a' quali ci riferiamo, assume il significato ed il contenuto d'una essenziale guarentigia costituzionale. Per ciò non può parlarsi di scusa, quando colui o, come nel caso nostro, quel corpo collettivo di persone che dovrebbe meritarla, pone in essere un suo *diritto*, non altrimenti da quello che fa il privato allorchè difende la propria vita da un'aggressione ingiusta ed inevitabile col porre a morte l'avversario.

---

(1) Ivi, p. 303.

Chè, in sostanza, ugualmente ingiusta ed inevitabile, nel caso nostro, dovrà dirsi l'aggressione che la maggioranza dell'Assemblea politica d'accordo col Governo rivolge non tanto a' diritti delle minoranze, quanto al diritto stesso della nazione, di essere *veramente* e *sinceramente* rappresentata in Parlamento, sia pure subordinatamente o meglio in coordinazione alle alte e supreme esigenze dello Stato.

Ci sembra perciò arbitraria la restrizione sonniniana, la quale, in fondo, risolvesi in una vera negazione d'ogni e qualunque *base giuridica* alla vera opposizione ostruzionista.

La formula generale da noi proposta ha invece il pregio della comprensività, e, come tale, potrebbe anche abbracciare i casi dal Sonnino supposti, i quali del resto non dànno luogo d'ordinario ad una vera opposizione ostruzionista, quale praticamente s'intende in base all'esperimento di tutti quei Parlamenti che ne fecero uso, bensì ad una ostruzione *momentanea*, come egli la qualifica, che di quella riveste i caratteri apparenti semplicemente.

***

Si obbietterà, peraltro, che in virtù della nostra teoria, una minoranza parlamentare anche insignificante, lasciata giudice sovrana della rispondenza o meno d'un dato indirizzo governativo o disegno legislativo al sentimento della coscienza nazionale, facilmente riuscirebbe a mascherare l'abuso che volesse fare del proprio diritto, in onta alle supreme esigenze dello Stato interpretate dal Sovrano, e sopratutto con offesa alla dignità, al decoro, al prestigio del Parlamento.

Chi sostiene — nota infatti il Sonnino — che tutti que' diritti coi quali abbiamo visto che di sovente si esplica l'azione ostruzionista alla Camera, « siano diritti assoluti ed intangibili della minoranza, perchè riconosciuti o non espressamente limitati dal regolamento attuale, viene ad ammettere che venti o trenta persone, tante insomma quante bastino per moltiplicare all'infinito i vari espedienti dilatorî di una ostruzione voluta, abbiano il diritto ed il mezzo, anche professandosi apertamente sovversivi e contrari alle presenti istituzioni, di provocare a loro capriccio qualunque crisi, sia ministeriale sia costituzionale, impedendo magari alla Camera di approvare entro i limiti legali i bilanci o un esercizio provvisorio. Venti o trenta persone — si soggiunge — coalizzate insieme, potrebbero in simile ipotesi arrivare ad imporre legalmente la loro volontà allo stesso Sovrano, dichiarando che o Sua Maestà si piega ad affidare le redini del Governo al tal di tale, cui soltanto sarebbero disposte a concedere una tregua, oppure esse renderanno permanentemente impossibile il funzionamento regolare delle istituzioni » (1).

Evidentemente questo, come in genere qualunque argomento che si voglia trarre dalla possibilità dell'abuso, tende a provar troppo, ed è perciò insidioso.

(1) Ivi, p. 302.

Che i diritti di cui sopra esistano in astratto a favore della minoranza, non è facile negarlo; che tali si mantengano allorchè si esercitano in concreto, noi non affermiamo se non a patto che si verifichino le condizioni dianzi volute per il retto esperimento di essi. Il supporre quindi che diano luogo alla minoranza di provocare crisi capricciose o d'imporre la propria volontà al Sovrano, è già uno stabilire condizioni diverse, che a quell'uso facciano per ciò stesso mancare ogni base di legittimità; ed in tal caso più non saremmo nel campo del diritto.

Ma che ciò possa e debba verificarsi con frequenza, fino a dire che sia lecito arrestare così permanentemente il funzionamento del regime dello Stato, sol perchè codesti diritti siano riconosciuti, è spingersi oltre il segno, è ammettere che le minoranze siano sempre faziose.

Nè del resto è a temersi l'abuso, pel solo fatto che l'opportunità di usare o meno delle facoltà nelle quali si esplica l'opposizione ostruzionista, venga abbandonata all'apprezzamento che la minoranza voglia fare de' rapporti *reali* sussistenti fra la volontà del Parlamento e quella del paese.

Non si comprende invero, anzitutto, chi dovrebbe essere il giudice della convenienza d'esercitare quei diritti se non la minoranza stessa a cui favore s'intendono stabiliti; e quindi, per essere logici, onde evitare l'abuso, essi dovrebbero sopprimersi per ogni e qualunque caso, e ciò toglierebbe dal regolamento una delle maggiori e migliori garanzie di una libera e completa discussione parlamentare.

Ma poi, alla minoranza sarebbe forse facile l'usare normalmente di codeste facoltà, quando si pensa all'ostacolo che vi opporrebbe, a guisa di protesta permanente, la coscienza nazionale con tutti que' mezzi esplicativi che ha a propria disposizione, all'infuori degli organi dello Stato preordinati alla legale manifestazione di essa?

Nè, invero, di fronte alle efficaci e perentorie proteste d'una opinione pubblica, potrebbe sperare di continuare a lungo, e tanto meno di riuscire vittoriosa, una opposizione ostruzionista che, abusando evidentemente dei propri diritti, non ad altro fine volesse volgerli che a quello di sovvertire le pubbliche istituzioni od almeno ostacolare ingiustamente l'azione del Governo e dello Stato.

Dato il congegno organico e funzionale di tutto il regime parlamentare (1), è giocoforza ammettere che dell'appoggio costante della pubblica opinione, siccome d'un elemento altamente costituzionale, abbiano bisogno gli atti principali compiuti dai pubblici poteri, onde potersi dire legittimi: ed è appunto allo scopo di ottenere una tale legittimità, ne' casi in cui riuscirebbe altri-

(1) È evidente che, parlando dell'ostruzione, noi intendiamo più propriamente riferirci a quella che si pratica nel Governo di Gabinetto, perchè in rapporto al medesimo può darsi maggiore estensione alla teoria, sebbene peraltro, limitatamente all'esercizio della funzione legislativa, essa debba valere anche per lo Stato puramente rappresentativo e costituzionale.

menti impossibile il conseguirla, che noi ammettiamo nelle minoranze il diritto di valersi talora energicamente di quelle facoltà, il cui esercizio prolungato dà vita alla ostruzione. Se per il timore dell'abuso si dovesse per contrario proscrivere dalle Assemblee rappresentative tale esercizio, tanto varrebbe il dire che sarebbe lecito rendere duratura quella condizione di fatto antegiuridica in cui siansi anche momentaneamente o casualmente collocati il Governo e la maggioranza di fronte al paese, o, ciò che è lo stesso, disconoscere nella pubblica opinione la forza e l'efficacia giuridica d'un elemento integrativo della costituzionalità degli atti dei pubblici poteri, compiuti in funzioni di Stato.

Ciò, per quanto molti pubblicisti ne pensino diversamente, noi non sapremmo persuaderci ad ammettere: epperò ci parrebbe di dovere, in base all'opposto principio, pervenire quasi all'assurdo col negare, anzichè con l'affermare, a favore delle minoranze e nei casi eccezionali, il diritto d'ostruzione, di cui si presume debbano fare buon governo; chè tutto l'organismo costituzionale del resto è un congegno complicato di diritti pubblici, basatc sulla generica presunzione del loro retto esercizio.

È l'esistenza *obbiettiva* di certe condizioni di fatto, quella che deve richiedersi perchè in concreto s'abbia a ravvisare già sorta la necessità di avvalersi di un diritto così eccezionale; affermata in astratto la necessità di così fatte condizioni, è pure affermata, insieme col diritto, la principale sua guarentigia: le altre è ben mestieri lasciarle al saggio e sereno apprezzamento delle minoranze stesse, a loro volta soggette al giudizio supremo ed inappellabile della nazione.

Nè varrebbe scoprire la Corona, col dire che ad essa unicamente, e sempre, è riserbato il còmpito di valutare la necessaria influenza delle esigenze supreme dello Stato; onde l'opera della minoranza ostruzionista non solo dovrebbe in ogni caso ravvisarsi contraria a codeste esigenze, ma distruttiva della dignità e del potere stesso della Corona, la quale non abbia voluto provvedere a rimuovere l'ostacolo contro cui l'ostruzione è vòlta.

Imperocchè, sarebbe facile rispondere come, nel Governo parlamentare, codesta valutazione non può essere fatta senza che il Gabinetto ne assuma direttamente la responsabilità; per cui la minoranza, sotto tale aspetto, sostituisce il giudizio proprio non a quello del Sovrano, ma al giudizio del Governo, ch'è il solo responsabile.

Tale almeno è la finzione giuridica, perfettamente razionale, per rapporto all'obbietto di cui si tratta, ove si pensi che il Gabinetto, allorquando più non si trovi spalleggiato in Parlamento da una maggioranza che risponda veramente alle condizioni ed ai voleri della nazione, ha il mezzo di dimettersi, ove non voglia invocare o non riesca ad ottenere dalla Corona la facoltà di sciogliere la Camera: se tuttavia si ostina d'accordo colla maggioranza a prepotere, non devono nè l'uno nè l'altra lagnarsi del ricorso che la minoranza facesse all'estremo mezzo di resistenza.

Che se poi fosse la minoranza stessa dalla parte del torto, in codesto apprezzamento, è evidente che farebbe mancare una delle condizioni necessarie al legittimo esperimento della ostruzione.

Egli è appunto per la facile mutabilità di codesti apprezzamenti, che dal concorso simultaneo ed obbiettivo delle condizioni medesime non è lecito prescindere nel giudicare la natura essenziale del *diritto* che a favore delle minoranze abbiamo ammesso, e che, sotto diverse forme, abbiamo visto potersi adoperare anche dalla maggioranza stessa.

E pertanto l'obbiezione tratta dalla possibilità dell'abuso nulla toglie all'esistenza di quel diritto, purchè si verifichino le condizioni che possono e debbono determinarlo, secondo la nostra teoria.

Tanto meno, poi, potrebbe servire a contrastare, per ogni caso, la legittimità dell'ostruzione il motivo che vuolsi trarre dal preteso discredito che, con le lotte ostruzioniste, si getterebbe a piene mani nelle Assemblee legislative.

A tacere, infatti, degli altri paesi nei quali esse furono praticate con ben altre violenze di fatto, non si può seriamente affermare che le istituzioni parlamentari inglesi siano state screditate od abbiano punto perduto della loro dignità dopo le non poche campagne ostruzioniste che vi si combatterono, tuttochè non sempre a ragione, come vedremo.

E ciò si comprende facilmente: poichè, con la conservazione del decoro e del credito dei politici ordinamenti e degli organi principali cui essi sono affidati, non tanto hanno relazione la natura ed il fondamento di metodi ostruzionisti che siansi adoperati o per adoperare, quanto invece quel complesso di condizioni civili e morali che possono rendere un popolo più o meno alieno, in confronto di un altro, da ogni sorta di eccessi e più o meno devoto alle istituzioni fondamentali dello Stato, in ispecie quando si tratti di reclamare de' diritti o impedire abusi o respingere violenze con la più energica affermazione del proprio potere che far si possa entro i limiti costituzionali.

Questa, pertanto, è tutta una questione di misura, dovuta al carattere morale ed all'educazione politica del paese, che rimane inafferrabile di fronte alla scienza del diritto, mentre vuol essere valutata alla stregua delle mutevoli e ben differenti condizioni politiche de' singoli Stati.

In genere, però, vuolsi tener presente che, se mai la dignità ed il decoro del Parlamento e delle istituzioni potessero essere offesi da ostruzioni sistematiche e come tali illegittime e faziose, non lo sarebbero certamente di fronte a quelle opposizioni ostruzioniste che avessero una vera base giuridica, nel senso da noi voluto; chè, in tal caso, esse sarebbero anzi rivolte ad ottenere l'affermazione o la reintegrazione del diritto, e quindi a tracciare alle istituzioni medesime la via giusta per arrivare alla meta, dalla quale, per colpa di uomini o di eventi, si fossero allontanate.

(*Continua*). A. FERRACCIU.

IL MURO COMUNE

I.

Della presunzione intorno alla comunione dei muri.

Spesse volte la mancanza di un titolo che attesti la proprietà di un muro divisorio di due immobili appartenenti a individui differenti fa sorgere il dubbio a chi dei due esso in realtà appartenga. La legge supplisce alla deficienza del titolo mercè delle presunzioni, le quali partono dal seguente principio: *Is fecit cui prodest,* vale a dire il muro è stato costruito da colui, al quale esso giova, e poichè spesse volte esso giova a tutti e due, così la legge logicamente induce che in tal caso o entrambi i proprietarii hanno contribuito a costruirlo, o uno l'ha costruito, e l'altro ne ha acquistata la comunione; epperò nell'uno e nell'altro caso esso è comune a tutti e due. Ma quando può dirsi che un muro divisorio di due immobili appartenenti a due proprietarii diversi giovi a tutti e due? O in altri termini quando esso è comune? Nemmeno per questo si possono avere dati precisi, sicchè la legge è costretta avventurare delle presunzioni.

Or noi ci proponiamo di occuparci di siffatte presunzioni intorno alla comunione dei muri risolvendo le varie questioni, che nella pratica possono agitarsi (1).

1.° Ed anzitutto è bene intenderci sul senso che s'ha da dare alla frase « comunione d'un muro »; imperocchè errerebbe colui, il quale credesse, che un muro comune potesse matematicamente dividersi. Anzi questa comunione è forzosa, inquantochè non è lecito ad un condomino il chiederne la divisione, e per distinguerla da tutte le altre si è chiamata *communio pro indiviso*; e si ha, quando un oggetto appartiene indivisibilmente a due o più proprietarii, in maniera tale, che tutti essi hanno un eguale e comune diritto su ciascuna molecola, che costituisce detto oggetto (2).

2.° Ogni muro che serve di divisione, dice l'art. 546, tra edifizii si presume comune. E ciò evidentemente in omaggio a

(1) In diritto romano non abbiamo dei principii che regolano la materia della comunione dei muri, perchè a Roma le case erano costruite in generale isolatamente, donde ad esse il nome di *insulae*. Solo nell'epoca moderna si sentì il bisogno per la cresciuta popolazione di determinare i rapporti nascenti da siffatta comunione.

(2) Alcuni scrittori, specialmente antichi, sono di parere che anche siffatta comunione sia *pro diviso* ideando delle linee immaginarie che dividessero il muro in varie parti. Ma questa teoria non ostante abbia dei seguaci nel diritto moderno, pure la si ricorda a titolo di semplice erudizione storica, essendo chiaro che il nostro codice la ritiene *pro indiviso* dal momento che riconosce diritti e impone obblighi a ciascuno dei condomini sulla cosa comune per intero e non per parti (PACIFICI-MAZZONI, *Servitù prediali*, vol. II, pag. 173).

quel principio già cennato che un muro vien costruito da colui che ne ricava un utile, e poichè in questo caso, fino a prova contraria, è presumibile che entrambi i proprietarii ne ricavino un interesse, così è logico, che esso venga presunto comune. Infatti tutto induce a credere che quel muro sia stato costruito d'accordo dai proprietarii vicini, traendone un uguale interesse. Se vi fosse una porzione di muro, che si elevasse al di sopra dei tetti di uguale altezza, quantunque questa parte non servisse a dividere due edifizii, pure si presume comune, ritenendola accessione di cosa comune.

È bene ricordare però ai fini della prova, che tale presunzione è basata non sull'art. 546, ma sull'art. 448; poichè contro la comunione di questa parte di muro è ammesso qualunque mezzo di prova. Se il muro comune dividesse due edifizii di altezze ineguali, allora si presume che la comunione si estende sino al punto, in cui uno degli edifizii comincia ad essere più alto (1).

La ragione di siffatta eccezione s'intende agevolmente, se si pensa, che al proprietario dell'edifizio meno alto non giova quella porzione di muro, che si eleva al disopra del proprio edifizio. Ma se il proprietario dell'edifizio più basso avesse per avventura appoggiato i camini nella porzione del muro comune, che sovrasta il proprio edifizio, è presumibile che tutto quanto il muro sia comune?

A prima vista sembrerebbe che sì, poichè parrebbe che al proprietario dell'edifizio più basso fosse giovata l'ultra elevazione del muro per appoggiarvi i propri camini; ma riflettendo attentamente si scorge che non tutta la maggiore altezza del muro è giovata al proprietario dell'edificio più basso, bensì quelle sole parti in cui essi camini trovansi allogati; ond'è a presumersi che la comunione in parola si estenda solamente a queste parti, che gli sono giovate per l'appoggio dei camini. Del resto, checchè ne pensino autorevoli scrittori, è nostro avviso che non è possibile altra presunzione, poichè da un canto il proprietario dell'edifizio più alto non era obbligato di soffrire i camini senza indennità, come dall'altro il proprietario dell'edificio più basso non era obbligato di render comune tutto il muro.

Se il muro si eleva ancora al di sopra del tetto più alto, questa eccedenza si presume appartenere al proprietario dell'edifizio più alto, poichè esclusivamente a lui e non all'altro può giovare quell'elevazione di muro.

Se la tettoia dell'edifizio più basso non si estenda parallelamente al muro, possono darsi tre casi, cioè: o l'edifizio più basso

(1) Il muro divisorio tra due edifizii di altezza ineguale si presume comune fino al punto in cui uno di essi comincia a diventare più alto, e al di sopra di questo punto si presume di proprietà del padrone dell'edifizio più alto (Cass. Torino, 13 agosto 1895, *Temi gen.*, 1896, 7). Il muro divisorio tra due edifizii si presume comune fino alla prova contraria, che può nascere o da un titolo certo e concludente, o da segni in contrario dalla legge tassativamente indicati, o dalla prescrizione (Tr. Palermo, 3 luglio 1896, *Foro sic.*, 1896, 469).

fu costruito prima dell'altro, o dopo, o furono costruiti entrambi contemporaneamente. Nel primo caso è chiaro, che il proprietario di esso diede al muro la stessa inclinazione, che diede al tetto, non avendo bisogno di un'ultra-elevazione. Nel secondo caso il proprietario dell'edifizio più basso avrà reso certamente comune quella porzione di muro, che gli giovava per l'allogamento della tettoia. Nel terzo caso il proprietario dell'edifizio più basso avrà contribuito nelle spese di costruzione sino a quella altezza, in cui gli fosse giovato per la propria tettoia. Cosicchè in ogni caso è logico ritenere, che la presunzione di comunione segna la medesima inclinazione della tettoia dell'edifizio più basso, appartenendo l'ultra-elevazione esclusivamente al proprietario dell'edifizio più alto.

Se accanto ad un edifizio esistano vestigia di un edifizio rovinato, il muro si presume comune fino alle dimensioni indicate da tali vestigia, imperocchè esse sono avanzi di edifizi distrutti, che non sarebbero mai esistiti, se il muro non fosse stato comune.

Si presume altresì comune, prosegue lo stesso articolo, ogni muro, che serve di divisione tra cortili, giardini ed anche tra recinti nei campi. Qui possono darsi parecchie ipotesi:

1.° Che il muro divida due cortili o due giardini, o due recinti nei campi; in questi casi nessun dubbio, che esso si presuma comune, poichè essendo della stessa natura gli immobili divisi, è logico indurre che i proprietari traessero uguale interesse dall'esistenza del muro.

2.° Che il muro divida un cortile e un giardino. Alcuni autori in questo caso han dubitato della comunione del muro, ed han distinto in omaggio al disposto dell'art. 559 due casi, quello cioè in cui gli immobili fossero situati in città o in sobborghi e quello in cui essi fossero situati in campagna.

Nel primo caso essi hanno ritenuto esser comune il muro divisorio; perchè potendo ciascuno costringere il vicino a contribuire alle opere di costruzione dei muri di cinta, che separano le rispettive case, i cortili e i giardini situati nelle città e nei sobborghi, è logico presumere che entrambi i proprietari abbiano partecipato alla costruzione del muro, che pertanto è comune.

Se invece il giardino e il cortile divisi dal muro non trovansi siti nè nelle città, nè nei sobborghi, allora si ritiene da taluni, che il muro appartiene esclusivamente al proprietario del cortile, il quale a preferenza del giardino suole essere circondato da muri. Noi però non ci crediamo autorizzati per nulla a fare questa distinzione, che la legge non fa, ed è noto l'aforisma: « *Lex quod voluit expressit, quod noluit non expressit* », e quindi opiniamo debba presumersi, fino a prova contraria, comune quel muro, che divide un cortile e un giardino, siano essi posti nelle città, nei sobborghi o in aperta campagna.

3.° Che il muro divida un cortile o un giardino da un campo recinto. Anche in questo caso qualcuno ha creduto che il muro non fosse comune, ma che invece appartenesse al proprietario

del cortile o del giardino in omaggio alla presunzione che questi immobili sogliono più frequentemente dei recinti in campagna essere circondati da muri, mentre quelli sono ordinariamente chiusi da siepi. Ma noi respingiamo siffatta opinione, sia per l'interpretazione letterale dell'articolo in esame, sia per lo spirito della legge, la quale vuole, che si presuma comune quel muro, che divide due fondi entrambi chiusi, e fa astrazione dal modo, onde i fondi stessi siano di solito chiusi.

4.° Che un muro divida un edificio da un cortile, un giardino o un recinto nel campo. Veramente in siffatta ipotesi non può esservi dubbio della non comunione del muro; basta per convincersi leggere con attenzione l'articolo in esame.

Infatti la legge parla dapprima esclusivamente dei muri di divisione tra edifizi e poi parla di quelli divisori dei giardini, cortili o recinti nei campi; sicchè il nostro legislatore, ammaestrato dei dubbi, che erano sorti nella giurisprudenza francese, non solo non volle unirli, ma volle invece separarli. Peraltro la presunzione di comunione sarebbe in questo caso priva di base, non potendosi supporre che il muro destinato a sorreggere un edificio potesse essere stato costruito ad uguale vantaggio del proprietario dell'edifizio e di quello del fondo attiguo.

Rileggendo con attenzione l'articolo in esame, noi troviamo che la condizione del recinto è imposta solamente ai campi; ciò c'induce a credere, che se per avventura esista un muro, che divide due campi aperti, la presunzione contemplata dalla legge non può aver luogo; ed allora sorge spontanea la domanda, a chi debba attribuirsi la proprietà di esso.

Noi, pur constatando che la legge non prevede questo caso, forse perchè difficile ad avverarsi e pur ritenendo che a rigore di diritto a noi non fosse lecito fare nella subietta materia presunzioni diverse da quelle della legge, tuttavia quando nessuno dei due proprietari sapesse o potesse dimostrare l'esclusiva proprietà del muro, questo lo riteniamo comune. Però siffatta presunzione noi l'ammettiamo per la ragione semplice che non si può a nessuno dei due attribuire l'esclusiva proprietà del muro. Così è facile osservare, che la legge non impone ai giardini ed ai cortili la condizione di essere chiusi, perchè il muro divisorio sia comune. Ciò vuol dire, che un muro, il quale serve di divisione tra cortili e giardini, debba presumersi comune, anche quando essi non siano chiusi. Quantunque a questa opinione porti la interpretazione letterale dell'articolo in esame, pure avuto riguardo allo spirito della legge noi siamo per la negativa. E valga il vero: se la presunzione della comunione di un muro divisorio è fondata nell'interesse, che i proprietari vicini ne possano ricavare; quando questi giardini o cortili sono aperti, vien meno l'utilità del muro, e quindi resta priva di fondamento la presunzione di comunione.

In tal caso è mestieri supporre, che quel muro sia stato costruito da qualcuno dei proprietari per mire diverse da quelle di chiudere il fondo, epperò eminentemente personali. Se dunque

quel muro colla sua esistenza non dimostra l'interesse dei due proprietari, fa d'uopo attribuirne la proprietà a colui dei due che ne darà la prova. Se infine nessuno dei due proprietarii è in grado di fornire una prova per dimostrare l'esclusiva proprietà di esso, allora non per presunzione di legge, ma per necessità di cose, è mestieri ritenerlo comune. E in tutte queste decisioni non si ha da distinguere, se gli immobili trovinsi nelle città, nei sobborghi o nelle campagne, perocchè la legge non ci autorizza ad entrare in questa indagine, e la disposizione in esame è indipendente dall'art. 559.

Un'ultima ipotesi è finalmente da esaminare, ed essa riguarda il muro che si elevi tra due fondi di piano disuguale. Gli scrittori francesi fanno una grossa questione, e la risolvono con una distinzione. Noi non crediamo utile entrare in questa disamina, perchè per l'art. 560 del nostro codice, che manca al cod. nap., si può affermare liberamente che esso appartiene al proprietario del fondo superiore dalle fondamenta fino al piano del suo terreno, e comune fra esso e il proprietario inferiore da tale piano alla sommità.

La presunzione della comunione del muro divisorio è *tantum juris* e non *de jure*, sicchè essa può essere contrastata. I modi con cui la si può combattere ci vengono forniti dalla legge; infatti nell'articolo in esame è detto che siffatta presunzione ha luogo *se non vi è titolo o segno in contrario.*

Per titolo s'intende qualsiasi atto autentico fatto nelle forme legali, mercè cui si compie il trasferimento, mancando i vari modi prescritti dalla legge, della proprietà esclusiva del muro divisorio in colui che la reclama. Esso può rimontare all'epoca in cui il muro stesso venne costruito o ad un'epoca posteriore. Evvi quindi titolo, quando il proprietario del muro o il suo dante causa all'atto della costruzione di esso avesse stipulato col vicino un atto mercè cui costui riconoscerebbe a favore dell'altro il completo dominio del muro.

Ma dato che il vicino non si prestasse a riconoscere con un atto la sua esclusiva proprietà del muro, e dato altresì che in esso muro non si potesse imprimere nessuno di quei segni che la legge ritiene caratteristici e distintivi della proprietà esclusiva di un solo padrone, e dato finalmente che il proprietario costruttore non potesse costringere il vicino a contribuire alle spese di costruzione di esso muro, perchè viene elevato in un suolo fuori delle città e dei sobborghi, qual mezzo rimane al proprietario per preservarsi contro la legale presunzione della comunione di esso? Basta la prova testimoniale? Bastano le fatture dei maestri e della compera dei materiali occorsi nella costruzione di esso? Che la prova testimoniale non sia sufficiente è chiaro, prima per elementare principio di diritto, in secondo luogo per tassativa disposizione della legge, la quale richiede un titolo.

Le note o le fatture da cui risulterebbero i pagamenti eseguiti per la mano d'opera e per l'acquisto dei materiali non pos-

sono, a nostro avviso, nemmeno far le veci del titolo richiesto dalla legge, poichè esse potrebbero facilmente procurarsi all'insaputa del vicino, o potrebbero essere rimaste in potere di uno dei due proprietarii, mentre l'altro avrebbe potuto contribuire alle spese di costruzione. Se a quelle note o fatture vuol darsi la forza di titolo è mestieri ch'esse siano eseguite per atto pubblico. Ma se il proprietario non vuole eseguire i vari pagamenti per la mano d'opera e pei materiali mercè atti pubblici perchè il sistema gli riuscirebbe troppo dispendioso, egli ha, secondo noi, un altro mezzo per premunirsi contro la presunzione legale di comunione, cioè egli può all'atto della costruzione intimare al vicino un atto protestatorio contro ogni futura pretesa alla comunione del muro (1). Evvi anche titolo, osserva il Duranton (2), quando Tizio proprietario di due fondi separati da un muro ne cede uno di là dalla facciata del muro. In questo caso, nota il suddetto autore, « il diritto dell'acquirente non si estenderebbe al di là; il muro resterebbe interamente riservato; giacchè chi aliena dal tal punto, dal tal luogo, non aliena questo medesimo luogo ».

In rapporto al segno in contrario menzionato dalla legge si fa osservare, che esso deve essere qualche cosa di esterno al muro stesso, e che sia tale da dimostrare la proprietà esclusiva di uno dei due padroni. L'articolo seguente (547) indica quali siano questi segni che determinano la proprietà esclusiva del muro. Ma prima di addentrarci nell'esame di esso, è mestieri rispondere ad una domanda che sorge spontanea; cioè l'indicazione fatta dalla legge, s'intende tassativa o per *modum demonstrationis?* Si disputano il campo due dottrine contrarie ed opposte. Una di esse partendo dal principio che nell'art. 547 non si rinviene alcuna parola, che ci autorizzi a ritenere quella indicazione tassativa, e poichè si possono riscontrare altri segni non menzionati dalla legge e pur sufficienti a dimostrare la proprietà esclusiva del muro, ritiene quella indicazione fatta dalla legge semplicemente *ope demonstrationis;* aggiungendo che se mai vi fosse un dubbio, non deve ritenersi che il legislatore abbia voluto derogare ai principii generali escludendo dei mezzi di prova non ricordati da lui, ma sufficienti al pari di quelli menzionati a raggiungere lo scopo.

L'altra invece, ritenendo la disposizione dell'art. 547 d'indole eccezionale, sostiene non potersi ad essa dare un'interpretazione restrittiva, e quindi quei segni dimostrativi della proprietà indicati dalla legge sono richiesti *taxationis causa,* non *indicationis causa.* I sostenitori di questa seconda teoria, a maggior conferma della loro tesi, aggiungono che quella indicazione fatta dall'articolo 547 è anch'essa una presunzione legale, e alle presunzioni della legge non è lecito sostituire le presunzioni dell'uomo. Se

(1) Ricci, *Corso di diritto civile,* vol. III, pag. 155.
(2) Duranton, *Diritto civile.*

così non dovesse interpretarsi l'articolo in esame, lungi dall'aversi in esso un precetto di legge capace a dirimere gli arbitrii, si avrebbe un semplice parere dottrinario (1). Esaminiamo per ora i segni indicati dalla legge, e a suo tempo torneremo sull'argomento.

Analizzando attentamente l'art. 547 troviamo indicati dalla legge quattro criterii per determinare la proprietà del muro:

1.° Il piovente del muro;

2.° Gli sporti e i vani che si addentrano oltre la metà della grossezza del muro e appaiono costrutti con esso;

3.° Quando essi sporti si trovino da ambo le parti;

4.° La positura del piovente prevale a tutti gli altri indizii.

In rapporto al primo caso si osserva che il piovente consiste nella inclinazione del muro nella sua sommità, mercè cui le acque piovane scorrono dalla sola parte in cui siffatta inclinazione è praticata. In base a siffatto segno è logico presumere che il muro appartenga al proprietario di quel fondo, dal cui lato trovasi il piovente. Imperocchè devesi ritenere che se questi non fosse stato il proprietario esclusivo del muro non avrebbe tollerato che le acque piovane cadessero interamente nel suo fondo, dal momento che, come è noto, lo scolo delle acque costituisce un inconveniente. Ma può darsi che il piovente sia duplice, com'è facile riscontrarsi nel caso in cui i due fondi originariamente appartenenti a un solo individuo, in seguito siano divenuti proprietà di due padroni differenti. Allora anzitutto s'ha da porre attenzione al titolo, mercè cui si è alienato un fondo, per vedere

---

(1) Attesochè per la non dubbia disposizione dell'art. 546 cod. civ. ogni muro divisionale, se non vi sia titolo in contrario, è per presunzione di legge comune tra i due proprietari dei fondi dal muro divisi. L'art. 547 fa a questa regola eccezione, quando cioè vi siano i segni permanenti del piovente e degli sporti con prevalenza sempre del piovente. Or se questa disposizione è legge eccezionale, è dessa di restrittiva interpretazione; epperò quei segni dimostrativi della proprietà indicati dalla legge sono *taxationis causa*, non *indicationis causa* richiesti. Erroneamente adunque il ricorrente vorrebbe ad altri segni indicativi fare appello. Attesochè i segni di proprietà in discorso sono ancor essi presunzione legale, epperò non possono ad essi surrogarsene altri, perchè alle presunzioni della legge non possono surrogarsi le presunzioni dell'uomo, senza incorrere nell'inconveniente del vago e dell'arbitrario. Ed appunto ad ovviare a siffatti arbitrii soccorre la disposizione di legge che restringe in limitati cancelli la presunzione; altrimenti sarebbe un ultroneo precetto legislativo, riducendosi ad un consiglio dottrinario più che ad un precetto di legge savia, come è e come deve essere la legge, che debbe avere la finalità di dirimere gli arbitrii: « optima lex est quae minimum arbitrio judicis relinquit » (Cass. Napoli, 11 febbraio 1897. Est. Salvati).

.... Non si riscontra nella legge alcuna espressione che ci obblighi a ritenere l'indicazione come tassativa. L'art. 546 parla di segno in genere, ed ove il legislatore avesse voluto riferire esclusivamente questa espressione ai segni indicati nell'art. 547 immediatamente successivo, avrebbe in qualche modo fatto conoscere questa sua volontà. D'altronde, si comprende di leggieri che il legislatore, indicando alcuni segni, ha accennato a quelli che sono più frequenti, e che a preferenza degli altri occorrono perciò nella pratica quale prova della proprietà esclusiva del muro divisorio; ma non ha potuto, accennando ad essi, escludere gli altri, non essendovi ragione logica e giuridica per escludere dal combattere la presunzione un segno esteriore qualsiasi, che, a guisa degli sporti o del vano, possa esser prova che il muro appartiene esclusivamente ad uno dei due proprietarii contigui. Aggiungiamo inoltre che nel dubbio non deve mai ritenersi che il legislatore abbia voluto derogare ai principii generali, escludendo un mezzo di prova atto a raggiungere il suo scopo (RICCI, *Corso di dir. civ.*, II, n. 378).

se in caso si è fatta riserva alcuna implicita o esplicita della proprietà esclusiva del muro; poichè è noto che la semplice circostanza del piovente è una presunzione legale, la quale svanisce di fronte ad un titolo che ne attesti la certezza della proprietà. Ma se dal titolo di alienazione del fondo non si desume nessun criterio per determinare la proprietà esclusiva del muro, nè altri titoli vi sono in sostegno di essa, si deve aver riguardo agli altri segni dalla legge ricordati o per caso riscontrabili. Se questi segni trovansi tutti da un lato, nessun dubbio che il muro appartenga a quel proprietario dal cui lato essi si rinvengano, perchè a condizioni eguali del piovente sono gli altri segni che ne determinano l'esclusivo dominio; ma se essi trovansi da ambo le parti, allora, non essendovi nessuna ragione plausibile per determinarne la proprietà esclusiva dell'uno anzichè dell'altro padrone, è mestieri ritenere quel muro comune. Peraltro a questa ipotesi è logico venire, non essendo possibile il supporre che il proprietario di un fondo senza essere altresì proprietario del muro permetta che dal suo lato esista il piovente ed altri segni costituenti una servitù.

Nè può supporsi siffatta servitù compiuta per disposizione del padre di famiglia, quando nell'atto di divisione del fondo non è fatta alcuna menzione del dominio esclusivo dell'uno anzichè dell'altro proprietario.

Riguardo al secondo caso, è detto che l'esistenza da un solo lato degli sporti o dei vani che si addentrano oltre la metà della grossezza del muro, e appaiono costrutti con esso fa presumere appartenersi il muro a quel proprietario dal cui lato essi riscontransi. Pongasi ben mente alla tassativa disposizione della legge, la quale vuole che quegli sporti, i quali sono la caratteristica dell'esclusiva proprietà del muro a vantaggio di uno, appaiono costrutti contemporaneamente con esso e si addentrino oltre la metà della grossezza del muro; se invece essi dunque appaiono costruiti posteriormente, non distruggono la presunzione di comunione, appunto perchè sarebbe molto facile al vicino di costruirli di nascosto al proprietario. È superfluo finalmente osservare che le due condizioni imposte dalla legge debbono verificarsi cumulativamente.

Quando parleremo della prescrizione, vedremo che importanza questi sporti possano avere rispetto ad essa.

Il terzo criterio che la legge ci offre è quello in cui, uno o più sporti trovansi da ambo le parti; in questo caso la presunzione legale della comunione del muro non è combattuta, anzi è confermata da una prova maggiore.

Finalmente la legge ci dice che in ogni ipotesi il piovente prevale, vale a dire se da un lato stanno tutti gli indizii possibili e immaginabili, e dall'altro il solo piovente, il padrone di questo lato si presume proprietario esclusivo di tutto il muro. E ciò evidentemente in omaggio alla forte presunzione che il piovente dà di fronte a tutti gli altri indizii.

Ritornando all'interpetrazione dell'art. 547 è nostro debito

ricordare che tra i sostenitori dell'opinione che l'indicazione fatta dalla legge in quell'articolo sia *ope demonstrationis*, sorgono molte altre questioni per determinare quali altri mezzi possano addursi per provare l'esclusivo dominio del muro oltre quelli ricordati dalla legge. Così ritenuto in massima da loro, che si può fare ricorso alla prova testimoniale, discettano se in tutti i casi può addursi siffatto mezzo di prova, o se è piuttosto ristretto e limitato a quei casi in cui il muro in contestazione non superi le lire 500 in conformità dell'art. 1341 (1).

Altri disputano sul valore che ha la prescrizione per determinare il dominio esclusivo del proprietario, che per trent'anni avesse compiuto sul muro degli atti di possesso, e discutono quali siano questi atti che possano far supporne la proprietà esclusiva in colui che li commise.

Noi non sentiamo il bisogno di addentrarci in siffatte questioni, imperocchè riteniamo fermamente che la legge, numerando i segni che servir possano a dimostrare la esclusiva proprietà del muro di un frontista, ha inteso con ciò stesso escludere qualsiasi altro mezzo di prova. Se così non fosse, lungi dall'aversi in quell'articolo un precetto di legge, si avrebbe un semplice parere dottrinario! Aggiungiamo solo, che ove mai il vicino nel muro divisorio avesse da trent'anni praticato qualcuno dei segni ricordati dalla legge, allora se ne può indurre la sua esclusiva proprietà, perchè in questo caso la prova è data dal segno, e il fatto che da trent'anni quel segno è stato praticato non serve che a convalidarla (2).

(*Continua*). D. SPADARO.

LA FOLLA DELINQUENTE ED IL CODICE PENALE

Non pochi criminalisti sostengono, che bisogna punire mitemente ed in casi eccezionali anche non punire i delitti commessi nell'impeto della folla, in considerazione dello stato di perturba-

---

(1) .... non essendo permesso provare con testimoni la proprietà contrariamente alla legge che presume la comunione. La proprietà si prova col titolo o col possesso. Nei muri divisorii, se manca il titolo, la comunione è per legge; ed il possesso sta solo in quei tali segni del piovente e degli sporti; e se essi mancano, è deficiente il titolo del possesso e non è ammissibile alcuna prova testimoniale in fatto di dominio (Cass. Napoli, 11 luglio 1897; v. App. Roma, 24 febbraio 1879; Cass. Napoli, 3 marzo 1897; App. Aquila, 23 luglio 1889; App. Genova, 4 aprile 1893).

(2) Se dopo costruito il muro divisorio e comune, uno dei comproprietarii, sciente l'altro, addentrasse degli sporti oltre la metà della grossezza del muro e, invece di essere convenuto o in possessorio entro l'anno dalla turbativa, o in petitorio (e può esserlo anche se non affacci pretensioni in base a tali segni), fosse lasciato nel possesso di tale addentramento per il lasso di trent'anni, questi sporti avrebbero la stessa virtù, come se fossero stati costruiti col muro stesso, cioè la virtù di escludere la comunione del muro e determinarne la proprietà a favore del padrone del fondo dalla cui parte si presentano (PACIFICI-MAZZONI, op. cit., pag. 194).

.... se invece di un piovente vero e proprio, il muro avesse una copertura di lastre di pietra o di tegole, la fronda di questa copertura determinerebbe la proprietà del muro (PACIFICI-MAZZONI, op. cit.).

mento o di esaltazione della mente di coloro che la compongono. Si discute però quale sia la disposizione di legge applicabile al caso.

La questione giuridica fu presentata per la prima volta, se non ci inganniamo, dinanzi al magistrato nel 1887, quando presso il tribunale di Bari si discusse la causa di ribellione avvenuta in Gravina.

L'avv. Pugliese sostenne la tesi della *semi-responsabilità* degli imputati in applicazione dell'art. 95 dell'abolito codice, che riconosceva quale circostanza diminuente la responsabilità la *forza semi-irresistibile*. Ma, essendo stata esclusa dal nuovo codice la *forza semi-irresistibile* dal numero delle circostanze minoranti la responsabilità, si è sostenuto, che i delitti commessi in una folla si debbano ritenere come delitti commessi da individui *semi-responsabili* e che si debba quindi applicare ad essi l'art. 47 del codice penale. Vi sono state ancora alcune decisioni di magistrati e qualche verdetto di giurì, che hanno ammesso la minorante dell'art. 47 (1): ma ve ne sono state altre in senso contrario. Di recente si ha una sentenza del tribunale penale di Belluno, colla quale si respinse l'applicabilità dell'art. 47 proposta dalla difesa, ed una sentenza della Corte di appello di Venezia, colla quale fu invece riconoscita (2).

Trattasi, come vedesi, di una questione abbastanza grave, perchè concerne la retta applicazione degli articoli 46 e 47 codice penale, che contemplano lo *stato di infermità di mente*, come circostanza che esclude la responsabilità quando toglie la *coscienza* o la *libertà degli atti*, e l'attenua quando è tale da scemarla grandemente, senza escluderla: trattasi di esaminare, se, secondo la lettera e lo spirito della legge, possa equipararsi il perturbamento o l'alterazione della mente di chi delinque nell'impeto della folla allo stato di *infermità di mente*.

Or è noto, che, sebbene la formula dell'art. 45 del progetto del ministro Zanardelli (art. 46 del codice vigente) durante il lavoro legislativo subì modificazioni varie, pure il principio informatore costante, come rilevasi dalle relazioni delle Commissioni legislative e dalle discussioni avvenute, fu quello di considerare quale causa escludente ed in taluni casi attenuante la imputabilità, lo stato *morboso* della mente, e di escludere dalle cause dirimenti di essa l'impeto della passione. E che all'espressione *stato di infermità di mente* non possa darsi altro significato, che quello di stato *morboso* della mente nel senso clinico, risulta chiaramente confermato da ciò che scrisse il guardasigilli nella *Relazione* finale riguardo all'art. 46. Eccone le testuali parole: « Anche secondo questa formula, come secondo

(1) La *Scuola positiva* nel n. 2 del corrente anno fa cenno del verdetto del giurì di Bari in occasione del giudizio per la sommossa sanguinosa, che avvenne il 1.° maggio 1898 in Minervino Murge.

(2) Le due sentenze sono riprodotte per intiero nella *Scuola positiva*, anno X fasc. 1.°, pag. 50; l'una è del 12 aprile 1897 e l'altra del 28 maggio 1897.

quella del progetto, e a differenza della formula toscana, per la non imputabilità non basta che manchi la coscienza e la libertà dei propri atti, ma si richiede che tale mancanza di coscienza e di libertà derivi da infermità di mente. E ritenuto l'ampio significato attribuito all'infermità di mente dalla Commissione di revisione, si raggiungono pienamente gli intenti del progetto e la nuova formula può riuscire più chiara ed escludere più recisamente che si possa tener conto delle umane passioni e che si possa fare ricorso alla « forza irresistibile » indipendente da uno stato morboso della mente, quale era riconosciuto dal codice del 1859 ».

E, poichè il guardasigilli in questa parte della sua relazione dichiara di accogliere l'*ampio significato* attribuito alla *infermità di mente* dalla Commissione di revisione, così è necessario, per dare un'esatta interpretazione della legge, vedere quale sia stato questo significato ampio, che la Commissione suddetta ha attribuito all'espressione *infermità di mente.*

Leggendo il verbale XI di questa Commissione è da deplorarsi, senza dubbio, la divergenza di opinioni intorno alla formula che doveasi adoperare per porre riparo ai gravissimi inconvenienti che si erano lamentati con l'abuso della *forza irresistibile*. E bene osservò allora il prof. Faranda, che qualunque formula si fosse escogitata, non si sarebbe riuscito a porre riparo nei giudizi per giurati. Ma prescindiamo da tutto questo: quel che ci sembra opportuno rilevare è, che dalle discussioni fattesi si desume che dalla maggioranza della Commissione sia stato ammesso, che sotto l'espressione *infermità di mente* dovevansi ritenere compresi gli stati di *sonnambulismo*, di *ipnotismo*, ed altri.

Non mancarono però coloro, i quali sostennero, che era preferibile la formula toscana, la quale comprendeva oltre gli stati morbosi della mente altri stati non morbosi e che pur producono l'effetto di togliere la *libertà degli altri*.

Ad ogni modo, ci sembra che sia fuori discussione, che l'ampio significato, attribuito dalla Commissione alla formula *infermità di mente*, che toglie la *coscienza* o la *libertà degli atti*, ed accolto dal ministro, sia stato quello di comprendere in quella il *sonnambulismo*, l'*ipnotismo* ed altri stati simili della mente, ma sempre stati *morbosi* o *patologici*.

Ed allora il quesito da risolvere è questo: lo stato di perturbamento o di esaltazione della mente di colui che fa parte di una folla e delinque nell'impeto di questa rientra, secondo la lettera e lo spirito dell'art. 46, fra gli stati morbosi da questo articolo contemplati sotto la espressione *stato di infermità di mente?*

Come già si è osservato, la giurisprudenza è scissa, poichè vi sono sentenze colle quali si è considerato il perturbamento d'animo di coloro che fanno parte di una folla e delinquono come uno stato di *infermità transitoria di mente*, non tale però da escludere l'imputabilità, e ve ne sono altre colle quali nel modo più esplicito fu deciso, che l'art. 47 è inapplicabile, perchè dallo

spirito della legge desunto dai lavori preparatori sono esclusi dall'art. 46 e quindi dall'art. 47, che al primo si coordina, gli stati impulsivi di una passione o gli stati di esaltazione di mente che non siano patologici. E la Cassazione d'altra parte con numerose sentenze ha ritenuto, che con l'art. 46 si volle in modo esplicito lo stato patologico della mente e si esclusero gli stati affettivi o le passioni che non si collegano ad un processo morboso di quella dal numero delle circostanze escludenti od attenuanti l'imputabilità.

Ma, a prescindere dall'interpretazione che all'art. 46 e quindi all'art. 47 è stata data dai magistrati, vediamo, se dal punto di vista fisiologico o psichiatrico possa lo stato di mente di una folla tumultuante considerarsi stato di *infermità di mente*.

Due illustri medici legisti di recente hanno esaminato la questione sotto tal punto di vista; ma, pur essendo concordi sopra alcuni dati scientifici, sono giunti tuttavia a conseguenze che sono diverse.

Il prof. Severi, pur riconoscendo con tutti i medici legisti, che una definizione completa e scientificamente esatta dell'infermità mentale è impossibile, finchè si ignorino i confini precisi fra lo stato normale e l'imperfezione e il pervertimento della funzione psichica, tra queste anormalità della psiche e la pazzia, osserva che nelle questioni d'indole forense è sempre un giudizio sintetico che devesi pronunciare; giudizio, che scaturisce da un'analisi particolareggiata di quanto riflette la vita organica e psichica, presente e passata dell'individuo, che sospettasi malato di mente: e ciò perchè, secondo l'egregio scrittore, *infermità di mente* nel linguaggio scientifico si traduce in *alterazione morbosa* della mente, che ha il substrato anatomico in un *processo morboso del cervello*. Ora lo stato psicologico in cui versa spesso la folla delinquente, stato emozionale, deve, secondo il Severi, esser tenuto in considerazione per una diminuzione di pena, ma non può equipararsi all' infermità di mente, perchè manca il substrato anatomico, cioè il *processo morboso del cervello*, di cui la scienza medica non può prescindere per distinguere le alterazioni o perturbamenti di essa (1).

Censura quindi la sentenza della Corte di appello di Venezia, che applicò fuori di proposito l'art. 47 ai diciassette imputati di ribellione; ed osserva, che al magistrato era solo permesso indagare, se a qualcuno degli imputati fosse stato applicabile quell'articolo, perchè ammalato di mente, cioè di cervello; ma non mai applicare in blocco quella disposizione.

Sostiene quindi il Severi, che non con unico criterio si possono giudicare gli individui componenti una folla delinquente, ma con criteri diversi secondo la differente indole morbosa o criminosa dell'imputato, e che se talvolta si voglia tener conto di un criterio unico, generale per tutta una folla che delinque,

(1) Severi, *Folla delinquente e art. 47 cod. pen.* (in *Riv. di med. legale*, anno IV, fasc. 8.°, pag. 236).

per minorare la pena, questo non potrà esser mai l'infermità di mente, ma la *provocazione* semplice o grave, a seconda dei casi (art. 51). Deplora tuttavia che non si trovi nel codice una disposizione minorante la pena, applicabile all'intiera folla criminale, eccezione fatta per alcuni individui sobillatori, recidivi e criminali nati.

Non accetta intieramente tali considerazioni il prof. Ottolenghi, perchè ritiene che non basta considerare la folla come un aggregato di individui emozionati, ma che bisogna considerarla come aggregato di individui *suggestionati:* in altri termini egli accoglie la dottrina del Sighele e di altri che sostengono, che l'influenza esercitata dalla folla sugli individui che la compongono si riduce ad un fenomeno di *suggestione* (1) Or bene, la suggestione sia allo stato ipnotico, sia allo stato di veglia non è ritenuta da lui un fenomeno fisiologico, perchè l'azione di essa non si limita a togliere o ad attenuare la libertà degli atti del suggestionato, ma può influenzare notevolmente sulla intelligenza e sul sentimento e rendere l'individuo incapace di fare un retto apprezzamento, di formarsi un giusto criterio degli atti che compie per suggestione altrui; ed appunto in questo, crede egli, consiste la maggiore azione della suggestione e quindi la sua efficacia nel togliere o diminuire la responsabilità (2).

Osserva poi l'Ottolenghi, che ci si troverebbe impacciati a dimostrare oggi il substrato anatomico, il processo morboso cerebrale, che si può riscontrare sul suggestionato, quando si ha indubbiamente lesione della sua personalità nelle sue manifestazioni più evidenti, che sono coscienza e libertà di atti; nelle monomanie ed in molte altre infermità di mente, la malattia del cervello può essere presunta, ma non può essere sempre dimostrata e altrimenti accertata. Onde egli conclude, che indipendentemente dalla dimostrazione dell'esistenza di un processo morboso cerebrale, quando l'atto del suggestionato all'esame fatto con quelle cautele che nel suo libro sulla *suggestione* espose, appare compiuto in istato di alterazione della coscienza o di alterazione della volontà, o dell'una o dell'altra, si possa, anzi si debba ammettere lo stato in cui tale atto fu compiuto come uno stato di *infermità di mente*. E poichè, soggiunge egli, lo stato d'animo dei componenti di una folla può essere caratterizzato anzitutto da una esagerata suggestionabilità che permette atti che possono essere dimostrati compiuti talora con alterata coscienza, sempre con maggiore o minore limitazione di libertà, così si può applicare agli individui che delinquono nell'impeto della folla la disposizione dell'art. 47 cod. pen. (3).

---

(1) Vedi SIGHELE, *La folla delinquente* (in *Archivio di psichiatria*, ecc., vol. XII, pag. 250); LAURENT, *Les suggestions criminelles* (in *Archives de l'anthr. crim.*, novembre 1890); OTTOLENGHI, *La suggestione nei reati collettivi e l'individualizzazione della pena* (in *Scuola positiva*, anno XI, fasc. 2.°, pag. 66).

(2) Vedi OTTOLENGHI, *La suggestione e le facoltà psichiche occulte in rapporto alla pratica legale e medico-forense*, Torino, Bocca, 1900, pag. 634.

(3) OTTOLENGHI, op. cit. (in *Scuola positiva*, pag. 74).

Adunque, il prof. Ottolenghi, contro l'opinione del prof. Severi, ritiene, che il codice attuale ha nelle disposizioni degli articoli 46 e 47 contemplate quelle dirimenti e minoranti che possono essere applicabili in casi di reati suggestionati individuali e collettivi.

Sembrerà certamente strano, che due medici legisti non siano di accordo nel determinare la nozione di *infermità di mente*, e quindi neppure nell'interpretare gli articoli 46 e 47 del codice penale; ma non è da meravigliarsi, quando si pensi che gli studi moderni di psicologia *normale* e *patologica* hanno dato nuovi risultati, ma ancora incerti, intorno al funzionamento dell'attività psichica, e che al rivelarsi sull'orizzonte scientifico di un nuovo dato conoscitivo si cerca tosto di farne applicazione, esagerando spesso l'importanza di esso. La divergenza delle dottrine per lo più è il risultato o di una inesatta determinazione di un concetto scientifico o dell'erronea applicazione di questo.

E ripetiamo qui ciò, che in altro lavoro abbiamo esposto che, cioè, del fenomeno della *suggestione* si sia esagerata la nozione e l'importanza allo stesso modo come è avvenuto del fenomeno della *degenerazione*. Infatti, come da non pochi si ritenne segno di degenerazione qualsiasi anormale manifestazione dell'attività psichica, così oggi si considera come effetto di *suggestione* qualunque mutamento che avvenga negli stati di coscienza di un individuo in seguito al contatto o relazione avuta con altri (1); e si afferma, che l'influenza esercitata dalla folla sugli individui che la compongono si riduce ad un fenomeno di *suggestione*. Nè ciò è tutto. Si sostiene, che essa eserciti un'azione più o meno potente, secondo i casi, sulla coscienza e la libertà degli atti del suggestionato, sull'intelligenza e sul sentimento, e si giunge fino all'estrema conseguenza di equiparare la *suggestione* ad uno stato di *infermità di mente*, grave o lieve secondo i casi.

Or in tutto questo ci sembra che ci sia esagerazione, tanto relativamente alla determinazione della nozione del fenomeno, quanto relativamente all'applicazione che di questo si fa da alcuni alla teorica della responsabilità penale. Comprendiamo l'importanza del fenomeno e degli studii che si sono fatti intorno ad esso, ma confessiamo che l'equiparazione della suggestione allo stato di *veglia* alla suggestione allo stato *ipnotico* non ci sembra accettabile; e tanto meno ci sembra accettabile l'equiparazione della suggestione allo stato di veglia allo stato di infermità di mente, ch'è conseguenza dell'erronea equiparazione delle due specie di suggestioni or indicate.

Non è qui il luogo opportuno di esporre le ragioni di questo nostro giudizio, poichè trattasi di questione molto importante, che richiede un'ampia trattazione; ma, restringendoci all'argomento propostoci, cioè, se, pur ammesso che sia un fenomeno di suggestione allo stato di veglia l'influenza esercitata dalla

(1) Vedi nostro lavoro, *Criminalità collettiva*, che è per pubblicarsi nell'*Archivio di psichiatria*, ecc.

folla sugli individui che la compongono, si possa applicare a chi delinque, dati i buoni precedenti di condotta, la legittimità della causa, ecc., la disposizione dell'art. 47, e, come si ritiene anco da qualcuno, in casi eccezionalissimi l'art. 46.

Abbiamo già notato, che dalle discussioni fattesi nel seno della Commissione di revisione, a cui il ministro si riferì nella sua relazione finale, risulta che nella formula *infermità di mente* si ritenne comprendersi il sonnambulismo e l'ipnotismo, cioè la suggestione allo stato ipnotico; ma a nessuno passò per la mente, che si potesse comprendere la così detta *suggestione allo stato di veglia.* E se si fosse pensato a questa, certamente si sarebbe esclusa da quella formula, poichè non credo, che dal punto di vista rigorosamente scientifico si possa assimilare quella specie di suggestione all'infermità di mente, quale processo *morboso* della psiche. Ed invero, pur ammesso, che la suggestione allo stato di veglia sia della stessa natura della suggestione ipnotica (cosa di cui dubitiamo), certamente si ammetterà che essa abbia una potenza di gran lunga inferiore a quest'ultima; onde se la suggestione ipnotica può assimilarsi allo stato di infermità di mente, e secondo i casi applicarsi ai delitti commessi nello stato ipnotico gli articoli 46 e 47 del codice penale, non sarà a quella assimilabile la suggestione allo stato di veglia, e quindi non possono applicarsi gli articoli suddetti. Onde ci sembra, che abbia ragione e dal punto di vista scientifico e dal punto di vista legislativo il prof. Severi, e che abbiano dato un'esatta interpretazione della legge quei magistrati che non hanno applicato in blocco quegli articoli agli imputati di delitti commessi nell'impeto della folla.

Ed anco lo stesso Ottolenghi si accorge che il suo ragionamento non ha una solida base scientifica, poichè scrive, che di fronte al *diritto costituito* forse ha ragione il Severi, che gli articoli 46 e 47 a rigore non sarebbero applicabili ad una massa di imputati facenti parte di una folla delinquente, ma ch'è da anteporsi questa interpretazione più larga ed umana, che può avere portato una dirimente od un minorante in favore di qualche componente la folla, al tenace persistere in una teorica che non ammettendo alcuna attenuante per una folla delinquente ubbidisce alla lettera del diritto costituito, ma viene meno ai moderni criteri psicologici, a danno di un numero di individui ben maggiore che compongono la stessa folla (1).

Ci permettiamo osservare, che di fronte al *diritto costituito* il prof. Severi ha *certamente* ragione (non *forse*, come afferma l'Ottolenghi), e che se la legge è difettosa, il difetto non può essere eliminato con una interpretazione che ripugna allo spirito ed alla lettera di essa. E guai, diciamo d'altra parte, se si facesse strada la dottrina del prof. Ottolenghi, che assimila la suggestione allo stato di veglia all'infermità di mente! All'abuso

(1) Vedi OTTOLENGHI, op. cit., in *Scuola positiva*, pag. 70,

della forza irresistibile o semi-irresistibile, che si deplorò sotto il vigore del codice passato, si sostituirebbe, con gravissimo detrimento della tutela giuridica, l'abuso della *suggestione*.

Crediamo però, che nelle disposizioni del codice vigente si trovi modo per ovviare all'ingiustizia lamentata col negare l'applicazione dell'art. 47 per i delitti commessi nell'impeto della folla Ed invero, a prescindere che per qualcuno degli imputati potrà applicarsi l'art. 47, perchè fra i componenti della folla possono esservi degli squilibrati di mente; a prescindere, che per alcuni si potrà applicare l'art. 51, che contempla la *provocazione*, è chiaro che il magistrato potrà, qualora creda di dovere minorare la pena, applicare l'art. 59, che concerne le circostanze *attenuanti generiche*, muovendo nell'applicazione della pena dal minimo di quella stabilita dal codice per il delitto, di cui l'impu tato deve rispondere.

E seguendo tale via, il magistrato a taluni imputati potrà infliggere una pena, che in non pochi casi sarà inferiore a quella che sarebbe stata applicabile in base al disposto dell'art. 47.

È da augurarsi tuttavia, che in una riforma del codice penale, si farà in modo che le disposizioni di esso siano ispirate ai moderni criteri psicologici, poichè, a nostro giudizio, l'evoluzione del diritto di repressione si compirà sotto l'influenza del movimento rigeneratore degli studii di psicologia.

F. PUGLIA.

RECENSIONI.

A. DE GASPARIS. — *Il sale e le saline.* — Hoepli, Milano 1900.

Il libro dell'avv. A. De Gasparis, dal titolo *Il sale e le saline,* è un'opera veramente pregevole ed accurata.

Frutto di studii e di diligenti riflessioni, questo libro rivela la versatilità dell'ingegno dell'autore che, pur essendo valoroso nelle giuridiche discipline, entra nondimeno con sicurezza nel campo delle scienze naturali e, in queste non meno che in quelle, si mostra molto competente e versato.

Merito principale di questo lavoro è di aver confermato ancora una volta l'opinione che una buona economia pubblica e privata si fonda, è vero, sull'industria, sull'agricoltura e sul commercio, ma sempre col saldo aiuto delle giuridiche discipline.

Comincia il libro con generali e scientifiche nozioni sui caratteri fisici e chimici del cloruro di sodio, sulle sorgenti saline; accenna minutamente ai varii metodi di estrazione del sale, al processo delle saline marittime in particolare, dal loro impianto alla definitiva raccolta della sostanza minerale, ricordando le principali saline che abbiamo in Italia e facendo di esse una precisa descrizione storica e topografica. Parla dell'utilità del sale nella vita animale, dei grandi giovamenti che arreca come stimolante per la vegetazione, come ammendamento del suolo, nonchè come mezzo igienico e curativo per il bestiame.

L'autore minutamente ricorda dal lato storico le varie fasi del commercio del sale dall'epoca romana all'epoca moderna. Entra poi nel campo giuridico. e tratta delle leggi sulla privativa del sale quando fu proclamato il Regno d'Italia, nonchè della imposta del sale, del monopolio e del contrabbando. Si occupa con accurato esame, infine, del problema del sale nell'economia privata, facendo rilevare e risolvendo le importanti quistioni che ad esso si connettono, sia dal lato economico, che da quello igienico e sociale.

Particolarmente, quindi, o da un punto di vista generale esaminato, questo libro è raccomandabile a quanti si occupano di questioni che, per la loro natura tecnica e sociale insieme, abbracciano questa o quella attività dell'umano intelletto.

Oltre a ciò questo libro ha anche carattere pratico. perchè, oltre a indagini astratte, giunge perfino a suggerire criterii di igiene e di economia domestica.

Va, quindi, encomiato l'egregio autore e raccomandata quest'opera che tratta con cura e competenza non comune un problema così importante di economia pubblica e privata. M.

R. von JHERING. — *Histoire du developpement du droit romain.* — Oeuvre posthume, traduit de l'allemand par O. De MEULANAERE, conseiller à la Cour d'appel de Gand, pag. VII-117. Paris, edit. Maresq aîné, 1900. Pr. 3.50.

— *L'evolution du droit* (*Zweck im Recht*). — Traduit sur la 3.e édition allemande par O. De M., pag. VIII-400. Paris, edit. Maresq aîné, 1901.

L'infaticabile e fortissimo studioso dello Jhering aveva già annunziato nella prefazione alla traduzione dell'altra opera jheringhiana « *Les Indo-Européens avant l'histoire* » l'imminente pubblicazione di questo lavoro postumo del compianto maestro di Gottinga, e che appare ora con un certo ritardo di cui il Meulanaere si duole, perchè senza di esso probabilmente le censure mosse da alcuni a quell'opera sarebbero state fatte tacere, o, forse, attenuate dalla sua lettura. Infatti questo fresco e geniale scritto dello Jhering lascia comprendere meglio lo scopo cui egli mirava nello scrivere la *Vorgeschichte d. Indo-europeen.*

Ma il dispiacere dell'egregio traduttore è fondato su uno scrupolo. Le censure cui egli allude partono da persone che vogliono giudicare l'opera scientifica di un grande guardandone solo un lato. E tanto basta perchè il loro valore si riduca ad una quantità molto relativa, e forse del tutto trascurabile.

Accanto alla traduzione del *Geist des römischen Rechts* meritava esser pubblicata l'altra dell'opera *Zweck im Recht* cui l'Jhering attribuisce a più grande importanza, considerandola come la sua figlia prediletta. « Quest'opera, e non già lo *Spirito del diritto romano*, contiene il risultato di tutta la mia vita scientifica. Ciò non si potrà comprendere se non sarà tutta terminata. Lo *Spirito del dir. rom.* non è nel mio pensiero che la preparazione; e doveva essere scritto per poter incominciare tale studio, la cui elaborazione contiene la mia suprema missione scientifica ». Queste righe scriveva il 30 aprile 1883 Rodolfo Jhering in una sua lettera pubblicata dal Meulanaere. E da altre, che opportunamente si ritrovano riferite a pag. VII del volume, si vede come attorno a questo lavoro il grande autore concentrava le sue forze intellettuali: il tema per lui diventava « una specie di filosofia del diritto, l'esposizione di tutta una scienza sociale ». E nell'affermare ciò in una sua lettera del 25 dicembre 1880 non s'ingannava. La poderosa concezione sulla *sostanza del diritto*, che s'incarna nell'*utilità*, è la tesi di tutta quanta l'opera: la nozione del *fine* in cui si appunta e natura il diritto, il *suo motivo pratico*, costituisce il perno attorno a cui si aggira la dialettica geniale e rigorosa dello Jhering, che con tutta la forza del suo ingegno mira a porre su basi incrollabili la sua concezione positiva del diritto.

Gli studiosi, a cui era negata per la loro ignoranza del tedesco l'osservazione e l'ammirazione dei vasti e nuovi orizzonti che schiude la lettura di quest'opera, debbono essere assai grati all'illustre traduttore che li ha messi in grado di penetrare direttamente in queste nuove vie maestre del pensiero scientifico, della cui esistenza essi ne avevano, forse, una nozione confusa e vaga e *simbolica*.

L'accennare ai pregi della traduzione mi sembra superfluo. Oramai è nota la valentìa del Meulanaere che sa penetrare a fondo nel pensiero dello Jhering e ritrarne tutte le sfumature più delicate con quella grande fedeltà che è dovuta, oltre che alla padronanza assoluta della lingua, allo studio lungo e profondo delle opere jheringhiane, che il chiaro consigliere della Corte d'appello di Gand ha trovato il tempo di fare in mezzo alle delicate e difficili occupazioni del suo ufficio.

Prof. G. BAVIERA.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

PALERMO, 21 febbraio 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Pallone — *P. M.* Caruso — Longo c. Privitera.

1. ***Il patto con cui il conduttore di un fondo rinunzia per i casi fortuiti ad ogni diminuzione di mercede ed a qualunque beneficio di legge, deve intendersi relativo ai casi fortuiti che colpiscono i frutti del fondo e non a quelli che importano distruzione totale o parziale del fondo stesso*** (1).

2. ***In caso di locazione di un fondo coltivato a vite, la distruzione della vite stessa per effetto della fillossera, costituisce*** distruzione del fondo ***a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1578 c. c.*** (2).

Il ricorso si lagna col primo mezzo della disposta perizia dicendo: che dato, come in ispecie, la rinunzia del conduttore ai casi fortuiti preveduti e non preveduti. non era legale la distinzione della Corte tra quelli importanti perdita di cosa locata e quelli importanti perdita di prodotto: per lo meno si doveva motivare e non si motivò se il patto abbracciasse sì l'uno che l'altro caso; alla peggio si doveva ritenere la fillossera non importante perdita di cosa locata, ma solo di prodotto, e comunque si doveva motivare e non si motivò sulla preesistenza di essa all'epoca della rinnovazione del contratto; oltre a questo si trascurò di fare accertare dal perito che minima davvero era la coltura a vigna.

---

(1) È assai controverso, in dottrina e in giurisprudenza, se si possa validamente rinunziare agli effetti dell'art. 1578 c. c. mediante un patto contrario inserto nel contratto di locazione. Taluni lo considerano come nullo, altri lo ammettono, ma con opportune limitazioni. Aderiscono alla prima teorica, nella giurisprudenza: A. Messina, 4 aprile 1891 (*Rif. giur.*, 1892, 75); A. Bologna, 20 giugno 1881 (*R. giur. bol.*, 1881, 205); Cass. Napoli, 1870 (*Giur. tor.*, VIII, 96) — alla seconda A. Bologna, 23 giugno 1881 (*R. giur. bol.*, 1881, 194); A. Messina, 2 marzo 1871 (*Temi Zanclea*, II, 28).

Nel suo recente trattato sulle *Locazioni immobiliari* a pag. 432, il FUBINI scrive: « Noi crediamo anzitutto che in caso di distruzione totale della cosa non si possa neppure parlare di rinunzia. Neppure potrebbe, qualora una tale clausola fosse stata esplicitamente espressa, venire interpretata come un'adesione a continuare nell'affitto se la cosa venga ricostrutta, perchè si tratterrebbe di una nuova locazione, alla perfezione della quale occorrerebbe un nuovo consenso.

« Quando invece la cosa non è distrutta che in parte, crediamo bensì valida tale stipulazione, ma differenti ne facciamo scendere gli effetti di quanto non abbian fatto le sentenze citate. Invero, per quanto si ammetta che il conduttore possa accollarsi il fortuito, non si viene con questo, secondo noi, a stabilire che il conduttore debba pagare un fitto in corrispettivo di un godimento che più non esiste, ma a riconoscersi invece la validità dell'obbligazione assunta del conduttore a non valersi della facoltà concessagli dall'art. 1578 cod. civ., di chiedere cioè la risoluzione della locazione. Egli è appunto in tale senso che solo potrà valere la rinunzia pel caso in cui il fortuito distrugga parte della cosa locata in modo definitivo ed in maniera che nessun ulteriore godimento sia reso possibile ».

Checchè sia di ciò, assennatissima è la massima della S. C. secondo la quale, se la rinunzia è formalmente espressa in relazione al caso dell'art. 1578, debba intendersi applicabile soltanto all'evento che colpisca i frutti (articoli 1620 e 1621 cod. civ.): e il citato FUBINI (p. 423) è pure d'avviso che, mancando una precisa determinazione, si dovranno comprendere solo i fortuiti ordinari, quelli cioè che più di sovente colpiscono una stabile od una determinata coltura, come fulmine, fillossera, gelo, siccità, ecc.

(2) Cfr. FUBINI, *op. et loc. cit.*, p. 389 con la giurisprudenza ivi citata, alla quale converrà aggiungere: Cass. Palermo, 28 febbraio 1901 in *Mon. Trib.*, 1901, 324; Cass. Torino, 28 luglio 1890, *Ib.*, 1890, 796.

E da questo complesso di deduzioni esso ritrae la violazione e falsa applicazione degli articoli 1617, 1618, 1578 e seguenti c. c.

Si lagna col secondo perchè l'appello incidente fu subordinato alla perizia colla quale non aveva attinenza di sorta, e ciò senza che la Corte avesse motivato sulle ragioni d'inadempienza di contratto state dedotte, e per dippiù contraddicendosi quando riconosceva in fatto che vi era condanna irrevocabile per lo estaglio non pagato, e quando non emetteva la chiesta condanna alla penale, che ne doveva essere la necessaria conseguenza. Violati perciò gli articoli 360 e 361 c. p. c. e molti altri del c. c.

Il quesito da risolvere in appello, giusta il tenore della sentenza di primo grado, giusta i termini del gravame, e giusta le implorazioni reciproche, era se la convenzione nella quale i conduttori avevano dichiarato di rinunziare « ai casi fortuiti ordinari e straordinari, previsti ed impreveduti, ad ogni diminuzione di mercede ed a qualunque beneficio di legge », dovesse spiegare o non efficacia anche nel caso in cui, per effetto della fillossera, fossero deperite le viti che fornivano la cosa.

E la Corte di Messina, nel censurare l'appellata sentenza, la quale aveva data al quesito risoluzione affermativa, nel senso che il premesso patto di rinunzia doveva avere effetto anche se venuto a mancare uno dei cespiti fruttiferi della cosa locata, considerava, ai fini dell'ammissibilità della proposta azione, che la perdita delle viti a causa della fillossera, equivale, nel caso che la locazione ha per obbietto un fondo impiantato a vite, a perdita parziale della cosa locata, per cui si rende applicabile l'art. 1578 c. c., e che la rinunzia in parola a ciò non era di ostacolo, perchè, ai sensi dell'articolo 1617 e seguenti detto codice ad essa si fa luogo soltanto nei casi in cui la riduzione di estaglio sarebbe relativa alla perdita dei frutti.

Ora se dall'anzidetta considerazione la Corte desunse la necessità della disposta perizia, con ciò essa non violava alcuna delle leggi indicate nel mezzo, nè veniva meno al compito della motivazione rapporto all'obbietto demandato al suo esame.

Imperocchè è dottrina universalmente ricevuta che la rinunzia di che agli articoli 1620, 1621 c. c. non riguardi il caso di distruzione totale o parziale della cosa locata, obbietto dell'art. 1578 detto codice, e non riguardi, sia perchè la perdita della cosa è perdita del proprietario di essa, onde ne viene l'inadempimento al principale suo obbligo di mantenere il locatario nell'integrale godimento della cosa locata, sia perchè è nel sistema e nella parola della legge non potersi intendere i predetti articoli 1620 e 1621 che semplice compimento, anzi eccezione agli articoli che precedono, i quali, lungi di contraddire al disposto dell'art. 1578, non parlano che di perdita di raccolta e di perdita di frutti, vale a dire in senso analogo a quello che al riguardo venne osservando la Corte.

Vero è che è stata disputa se si potesse, per patto espresso, mettere a carico del conduttore i danni per caso fortuito che colpiscono la cosa locata, ma anche dai fautori della teorica affermativa si è inteso il bisogno di soggiungere che il patto deve essere molto esplicito, e tale da estendere il senso ordinario che ha dato la legge, altrimenti non sarebbe da supporre che esso conduttore abbia voluto assumere la responsabilità dei casi di forza maggiore che possano gravitare sulla cosa locata.

Adunque vera e ben rilevata in astratto la giuridica distinzione contro la quale indebitamente si è mossa lagnanza col primo assunto del ricorso, ed egualmente bene applicata la stessa nei suoi pratici effetti alla specie presente, nella quale le parti col relativo contratto non avevano fatto altro che riprodurre in termini la semplice rinunzia di che nei predetti articoli 1620, 1621.

Estendere siffatta rinunzia anche ai danni della fillossera, era come se si dicesse avere le parti, col loro patto, voluto dire di più di quello che avevano precisamente espresso: ma ciò non trovando addentellato nelle parole del contratto, molto meno poteva trovarlo nell'intelligenza di esso, perchè, vuolsi ripetere, era la legge che dava il loro significato alle parole usate, e la Corte non fece altro che constatare questa posizione di cose, tenuti presenti i termini della convenzione. Mancò, dicesi dal ricorrente, di motivare, che patto non esisteva riguardante la perdita della cosa locata; ma al contrario la risposta a questa petizione di principio era stata ben data, quando si era ritenuto che il patto in esame era conforme a quello previsto dai premenzionati due articoli di legge. Fin qui poi la parte discutibile di questo mezzo del ricorso, essendo le altre proposizioni che seguono semplicemente azzardate, tanto che potrebbero essere eliminate senza neanco discuterle. Del resto, senza chiamare in contributo le discipline agronomiche, è purtroppo la dolorosa esperienza che tuttavia dimostra come la fillossera distrugga completamente la vigna, tanto che a volerla ricostituire fa mestieri ricorrere all'estirpazione assoluta del focolare infettivo, ed all'impiego di novelli energici mezzi di riproduzione. Distrutta la vigna formante obbietto della locazione, come ipoteticamente

ritenne la Corte di merito, la cosa locata evidentemente non era più nella sua primitiva integrità, e quindi ciò a ragione si annoverava tra le ipotesi dell'art. 1578 c. c. E la pretesa scienza dei conduttori nel momento della rinnovazione dell'affitto, a prescindere di non essere stata dedotta con implorazioni specifiche innanzi la Corte, non avrebbe potuto essere di ostacolo all'ammissibilità dell'azione, nè richiedeva una speciale motivazione, dappoichè, o la fillossera in quell'epoca era nello stadio di semplice minaccia, e sarebbe occorso che contro il rischio relativo il locatore espressamente si fosse premunito, il che poi per le cose dette dalla Corte non trovava riscontro nel patto contrattuale, voleva dire che il rischio restava a carico di chi per legge, od invece nell'epoca medesima l'invasione fillosserica della vigna locata era un fatto esistente, e le conseguenze giuridiche al riguardo non potevano essere desunte *a priori* nella prima spinta dell'azione, ma dovevano formare obbietto della disposta perizia.

E se la detta perizia ha anche il compito di dire se all'epoca del contratto esisteva vigneto, e quando era stato distrutto dalla fillossera, non si può da senno ritenere che la quistione da questo secondo aspetto sia stata pregiudicata, laonde non si doveva motivare astrattamente sopra un obbietto che al postutto potrebbe riflettere il merito e non l'ammissibilità dell'azione.

Lo stesso è a dire del se minima od altrimenti era la coltura a vigna: quale che avesse potuto essere l'influenza di tale assunto nella sua affermazione di fatto era contradetta dai termini della domanda, la quale invece metteva in essere che si trattava del principale cespite della locazione: anche qui un esame giuridico *a priori* sarebbe stato intempestivo, e la perizia poi risponderà anche a questo, essendosi pur chiesto al perito se e quale parti del fondo locato erano impiantate a vigna.

—

TORINO, 9 aprile 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* De Giuli — *P. M.* Cavalli — Cordano c. Multedo e Sciallero.

È nullo l'atto cui la donna maritata, in costanza di separazione per colpa di lei, sia stata autorizzata dal solo marito e non dal tribunale (1).

(1) Cfr. Cass. Napoli, 25 maggio 1895 in *Mon. Trib.*, 1895, 956 — e implicitamente Cass. Roma, 29 dicembre 1893, Fabbri c. Cicognani (*La Legge*, 1894, 1, 111): Cass. Napoli, 19 luglio 1889, Savelli c. Suriano (*Ib.*, 1890, 1, 564), per quanto ne pair controversia risoluta dalla lettera della legge.

Riesce indubbiamente preliminare l'esame della questione che forma oggetto del III mezzo, comechè questo, ove sussistesse l'invocata violazione di legge, ben potrebbe dirsi assorbente d'ogni altra indagine.

La questione non è nuova negli annali giudiziari; sebbene non è a meravigliare se poco intorno ad essa ebbero campo di occuparsi i magistrati, mentre è controversia la cui risoluzione trova per certo miglior sede per una dissertazione *in iure condendo*, anzichè per una decisione *in iure condito*.

Il ricorrente sostiene la tesi che nel caso di separazione consensuale dei coniugi, quando la moglie sia munita dell'autorizzazione maritale, essa non abbisogni ancora di quella giudiziale.

Riproduce nel ricorso il testo di una sentenza della Cassazione di Napoli, 25 dicembre 1889, nella quale fu deciso, in specie analoga alla presente, che anche nei casi di separazione personale dei coniugi, l'autorizzazione del giudice è succedanea a quella del marito, sì che, esistendo formalmente questa, non havvi necessità dell'altra.

Si disse *unica* questa sentenza in tale materia.

Ma probabilmente è sfuggita alle diligenti ricerche delle effemeridi giudiziarie per parte degli esimi patrocinanti del ricorrente altra pronuncia più recente della stessa Cassazione di Napoli, 25 maggio 1895, in causa Dionisi ed altri c. Pelaggi, nella quale quel Supremo Collegio, in specie, più che analoga, identica all'attuale, adottava un principio diametralmente opposto.

Ivi pure si trattava di mutuo fatto a donna maritata, legalmente separata dal marito, e che, pendente la separazione, era stata dal marito autorizzata a tutti gli atti della vita civile, e fu giudicato che l'autorizzazione data dal marito alla moglie in costanza di separazione (come appunto avvenne nella fattispecie) non può tener luogo dell'autorizzazione giudiziale di cui all'art. 136 c. c., e quindi doversi dire nullo l'atto a cui la donna maritata sia stata autorizzata dal marito in questa condizione di cose.

Epperò convien lasciar da un canto la disamina della questione a base di isolata giurisprudenza. Informa la mente del magistrato, la lettera, e più di questa, lo spirito della legge.

Ora, non è a recarsi in dubbio che la genesi dell'art. 136 c. c. riveli come l'autorizzazione giudiziale della donna maritata, nei casi prescritti dal citato articolo, costituisca una vera ed efficace tutela degli interessi della famiglia, allorquando lo stato del marito non dia sufficiente affidamento di garantirli.

È giuridicamente non esatto l'asserto che

l'intervento del magistrato sia stato disposto per conservare l'autorità del marito nella famiglia, per modo che l'intervento di questi renda inutile quello del giudice. È indipendente dal concetto dell'autorità maritale la prescrizione dell'art. 136, che ha una finalità ancor più elevata, più efficace, più pratica; quella cioè di tutelare, cogli interessi della moglie, i più preziosi interessi della famiglia, mentre pur si integra e si completa la capacità giuridica della donna ad obbligarsi.

Cessa nel marito la facoltà di autorizzare la moglie, quando questa sia legalmente separata, e cessa perchè i loro rapporti sono sospesi, perchè quella unità domestica che li vincolava all'interesse comune è spezzata di fatto colla separazione.

Niun atto adunque di autorizzazione del marito, che per lo stato suo di separazione più non presenta caparra di tutela degli interessi famigliari, può togliere al magistrato quella giurisdizione che a lui soltanto la legge demanda, privandone in modo assoluto il marito.

Male il ricorrente trae argomento a sostegno della sua tesi dal capov. dell'art. 136 che, prescrivendo debba essere sentito il marito, darebbe a divedere che il tribunale nè debba nè possa negare l'autorizzazione se a questa il marito chiamato annuisca, ed anzi, come si esprime la sentenza della Corte napoletana invocata dal ricorrente, « cessa la giurisdizione del magistrato così come nel primo dei tre casi ipotizzati dall'articolo 136 ».

In tutto questo si vuol far dire al legislatore cosa da lui nè voluta nè espressa. E per verità, se in qualunque dei casi ipotizzati dall'art. 136 dev'essere sentito il marito, nulla vieta al magistrato di ricusarė l'autorizzazione, sebbene assenziente il marito, tuttavolta il giudice si convinca che gli interessi della famiglia non la consigliano.

Nè meglio sorregge l'assunto del ricorrente l'invocare l'art. 803 c. p. c. che riflette puramente il caso di autorizzazione maritale alla moglie per stare in giudizio *come convenuta*.

Ben altre mire ha il legislatore in questo evento: se citata la moglie in giudizio e citato il marito per l'autorizzazione, questi non compaia o comparendo, ricusi l'autorizzazione, sorge nel primo caso presunzione di assenso, nel secondo caso vi supplisce senz'altro l'autorità giudiziaria, alla quale, virtualmente, pel giudizio stesso, rimane in costanza affidato e quindi tutelato l'interesse della donna maritata, ed eventualmente quello della famiglia. Ma quando si tratta, non già di rispondere se evocata in giudizio, bensì di addivenire agli importanti atti indicati nell'art. 134 c. c., cessa ogni presunzione di assenso maritale concorrendo uno dei casi contemplati nel successivo art. 136, e sottentra allora il tribunale, cui esclusivamente spetta il vagliare se convenga o meno accordare alla donna maritata l'autorizzazione.

Da qui la parola imperativa, sarà *necessaria*, e con ragione la Corte genovese disse « finchè dovrà attribuirsi alle parole della legge il loro significato proprio, non si comprenderà che una autorizzazione *necessaria* possa invece non occorrere che in mancanza di quella del marito ».

Il III mezzo adunque su cui fondasi la precipua censura mossa al giudicato della Corte d'appello va respinto. Nè altra sorte attendono il I e II mezzo.

Quanto al I mezzo egli è certo che con puro apprezzamento di fatto la Corte del merito riteneva che il Cordano era pienamente consapevole dello stato di separazione coniugale dei coniugi Sciallero-Multedo quando addiveniva agli atti di mutuo colla Multedo; e ne dette dimostrazione invocando, fra altro, il primo di questi atti, in cui la stessa Multedo si qualificava moglie separata, la citazione 30 giugno 1895 promossa dal Cordano, e così in epoca posteriore agli atti di mutuo, con cui fu la Multedo da lui convenuta in giudizio quale moglie separata dal marito, ed escludendo nel tempo intermedio la possibilità di una conciliazione, anche quando fu concessa l'autorizzazione maritale coll'atto Medica del 1883.

Non è un *verdetto*, come si esprime il ricorso, che dava, così motivando, la Corte genovese; esponeva, e in modo più che sufficiente, i criteri pei quali erasi in essa creata la convinzione che lo stato di separazione non poteva essere ignorato dal Cordano. Il fondamento che questi faceva su presunzioni contrarie, traendo conseguenze di diritto che per quest'ultimo ne sarebbero derivate, data dalla Corte la suddetta dimostrazione di fatto, cadeva per sè stesso, e tanto meno obbligava il giudice ad un esame di punti di diritto che non avevano il loro sostrato in fatto.

Senonchè, il ricorrente si spinge a sostenere la teoria, colla denunciata violazione delle disposizioni del codice civile dedotte nel I mezzo, che le nullità per difetto di autorizzazione alla moglie separata siano opponibili solo a quel terzo contraente che si provi aver conosciuta la separazione.

Basterebbe il ripetere che l'apprezzamento in fatto emesso dalla Corte d'appello che tale consapevolezza esisteva nel Cordano è insindacabile in questa sede.

Ma l'assunto che si vuol sostenere è anche

giuridicamente errato, perchè nessuna disposizione in materia di incapacità in genere, e di incapacità della donna maritata in ispecie, esiste nella legge per la quale sia richiesto il requisito della scienza dell'incapacità onde un fatto giuridico sia opponibile al terzo.

Gli art. 134, 135, 136, 137, 1106, 1107, 1300, 1307 c. c. che contemplano vari casi di dette incapacità, non richiedono il concorso di tale requisito.

E non è a dirsi che ciò si possa sottointendere, mentre in tema di titoli costituenti diritti immobiliari (art. 701), di possesso di cose mobili (art. 707), di azione pauliana (art. 1235), ecc., il legislatore, chè allora il volle, ammise questa prova della scienza a riguardo del terzo di buona fede. Anzi, giustamente osserva il patrocinante della Multedo, il codice all'art. 1305 (scritto pei minori, ma pacificamente applicabile a tutte le incapacità soggettive) ha esplicitamente limitata la salvaguardia del terzo di buona fede al caso in cui egli sia indotto con raggiri dell'incapace a credere alla sua capacità; ed ha espressamente avvertito che la semplice asserzione dell'incapace di non esser tale non basta a costituire raggiro.

—

ROMA, 22 gennaio 1901 — *Pres.* Caselli — *Est.* Baudana-Vaccolini = Mazzeo c. Economato Generale dei B. V.

Il beneficio parochiale di cui deve prendere possesso l'economo dei B. V., a sensi dell'art. 47 regolamento per l'economato generale delle provincie siciliane, comprende soltanto i beni destinati al sostentamento del paroco e non anche quei beni i cui frutti vanno erogati a fine di culto, e dei quali il nuovo investito ha diritto di avere il rendiconto (1).

Il 22 dicembre 1893 morì in Trapani il sac. Alberto Lavia, ciantro, prima dignità del Capitolo, e paroco della cattedrale, e il subeconomo nei giorni 23, 25 genn. 1894 prese possesso di tutti i beni da lui posseduti. Ma il sac. Paolo Mazzeo, divenuto ciantro, col decreto di *exequatur* 18 apr. 1895, e come tale qualificandosi paroco e amministratore della fabbriceria di detta chiesa, convenne in giudizio l'economato generale e il subeconomo dei beneficî vacanti, perchè si dichiarasse nulla, illegale e come non avvenuta la presa di possesso.

In seguito al suindicato regio *exequatur* il subeconomo, addì 13 ag. 1895, consegnò al Mazzeo i beni della chiesa, non che i relativi atti, titoli e scritture; però il Mazzeo dichiarò doversi distinguere tra i beni pertinenti al beneficio parochiale, e quelli che costituiscono il patrimonio della fabbriceria, della cui amministrazione intendeva avere il rendiconto e la restituzione delle somme esatte. Ma il tribunale di Trapani rigettò le domande dell'attore Mazzeo; questi si rivolse alla Corte di Palermo, la quale però gli fu egualmente contraria.

Il Mazzeo presentò ricorso per cassazione a Palermo, ma poi fu riconosciuta la competenza di questa Suprema Corte; e nel ricorso si deduce che la Corte d'appello, così giudicando, ha disconosciuto il tema della lite, ha violato la legge e la fede dei titoli prodotti dall'appellante, non ha data la motivazione che era necessaria alla decisione della causa, e non ha dimostrato che si trattasse di beneficio del paroco, cui è ristretta l'attività dell'economato.

Il tema della lite, assume il ricorrente, era circoscritto a vedere, se di fatto, al momento della presa di possesso, il patrimonio controverso, anche per le disposizioni delle autorità competenti, risultasse estraneo al beneficio parochiale, e se appartenesse per altro titolo alla chiesa; invece la Corte di appello indagò sulla origine della fabbriceria, ritenne che questa non esisteva, e pur dichiarando che i beni appartenevano alla parochia, respinse il gravame. L'economo ha presentato controricorso.

Come si legge nella sentenza impugnata il sacerdote Mazzeo si gravava perchè il tribunale riconobbe nell'economato dei beneficî vacanti una qualità che non gli viene dalla legge; « e perchè, avendo perduto di mira il giusto criterio della lite, riuscì alla mostruosa conseguenza di lasciare all'economato la fruttificazione dei beni come appartenenti a beneficio parochiale »; e perciò si dolse che l'economato aveva abusivamente ed illegalmente preso possesso di tutte le temporalità appartenenti alla parochia di San Lorenzo.

Con queste parole si volle far rilevare la differenza tra beni della parochia e beni del beneficio parochiale; differenza importantissima nella specie, perchè i primi costituiscono il patrimonio della parochia, che deve essere tutto erogato per culto e per l'utilità della chiesa, in modo che il paroco nessun vantaggio ne riceva, ma agisca come semplice amministratore; i frutti degli altri beni sono destinati al sostentamento personale del paroco a causa dell'ufficio che esercita, ed egli ne può liberamente disporre. Esaminata e definita la natura dei beni, avrebbe dovuto la Corte d'appello decidere

(1) Cfr. SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia* (Torino, Bocca, 1894), vol. I, pagg. 325 e sgg. (II ediz.).

se nel caso concreto fosse o non fosse applicabile il disposto dell'art. 47 del regolamento approvato col dec. 23 dic. 1865. Essa invece nulla fece in proposito, anzi dimostrò di non conoscere nè comprendere la suesposta differenza, quando indistintamente ragionò di beneficio parochiale e di patrimonio della parochia.

Per tale modo la Corte di Palermo ha violato le denunciate disposizioni degli articoli 517 n. 2, 361 n. 2 e 360 n. 6 c. p. c.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

NAPOLI, 17 gennaio 1901 — *Pres.* Santamaria-Nicolini — *Est.* Cerchi = Ranieri-Tenti c. Vitale.

1. *Il proprietario di un edificio è proprietario della statua collocata in una nicchia appositamente per essa costruita nell'edificio stesso, anche se la costruzione della nicchia ed il collocamento della statua siano avvenuti non per opera sua, ma di terze persone* (1).

2. *Il proprietario di una statua sacra collocata nell'apposita nicchia d'un edificio, non cessa di esser tale per il semplice fatto che la statua venga tolta dalla sua nicchia, poi per motivi eccezionali portata in una chiesa, e quivi per molti anni custodita* (2).

Il signor Ranieri-Tenti Giuseppe con atto 15 maggio 1896 citò innanzi al tribunale di Napoli la signora Maria Vitale e dedusse che nel muro della sua proprietà alla via Costantinopoli eravi una nicchia nella quale era collocato un busto dell'*Ecce Homo* di sua proprietà; che la Vitale trovandosi sua inquilina prese in custodia la chiave della nicchia e poi cominciò a disporne da padrone impadronendosi delle oblazioni che si raccolgono nella cassetta ivi sospesa, e facendo per dippiù segnare sotto la nicchia suddetta il suo nome.

Continuando nell'abusiva detenzione della chiave medesima, l'istante chiedeva dichiararsi di sua proprietà la nicchia e la statua dell'*Ecce Homo* e condannarsi la convenuta alla consegna delle chiavi.

La Vitale eccepì che la statua non era del rivendicante e se pur la fosse stata ne aveva perduto il dominio per la prescrizione trentennale che si eccepiva, che la statua come destinata al culto del pubblico poteva appartenere al Municipio, e che la iscrizione posta a piede della nicchia a divozione di Maria Vitale non accennava ad alcun suo diritto di proprietà

Dopo una prima sentenza del tribunale che mise in causa il Municipio di Napoli, ve ne fu una seconda che rigettò l'eccezione di prescrizione opposta dalla Vitale e ritenendo la nicchia non di uso pubblico, ma di privata proprietà, accolse la domanda del Ranieri.

Da questa sentenza propose appello la Vitale ed in appello intervennero undici individui quali fecero adesione al gravame. In linea subordinata poi l'appellante chiese di essere rinfrancata delle spese da lei fatte per l'edicola. E la Corte di appello con pronunziato 9 febb. 1898 riformò la sentenza solo in quanto aveva respinta l'azione popolare e ne fece salvo alla Vitale l'esercizio dopo d'essersi munita dell'autorizzazione della Giunta provinciale nel senso della legge comunale e provinciale. In quanto alla domanda di rimborso delle spese dispose il rendiconto delle oblazioni raccolte dalla Vitale dal 1884 in poi.

Contro questa sentenza vi fu ricorso per cassazione e questo Supremo Collegio annullò la sentenza impugnata perchè ritenne che per l'esercizio dell'azione popolare proposta in via di eccezione, non era necessaria l'autorizzazione della Giunta provinciale, ed anche perchè la Corte di merito era caduta in contraddizione dichiarando l'edicola di proprietà del rivendicante e facendo poi salva alla Vitale l'azione popolare.

Si tornò allora innanzi alla Corte in grado di rinvio e quel magistrato disse che l'azione popolare non era ammissibile, che il Municipio non aveva che vedere nella causa perchè trattavasi d'una quistione tra privati, e nel merito poi rigettò la domanda del signor Ranieri.

Contro questa seconda sentenza della Corte d'appello ricorre il sig. Ranieri-Tenti.

Il signor Ranieri-Tenti in sostegno della sua domanda tra l'altro deduceva che la statua dovesse considerarsi immobile per destinazione e quindi facente *unum corpus* con la nicchia e conseguentemente col muro di sua proprietà. La Corte ha creduto liberarsi facilmente da una tale deduzione ragionando che fossero immobili per destinazione

(1-2) Vedi, per qualche relazione intorno: alla proprietà dell'affresco dipinto sulla parete esterna di una casa anche se di valore artistico pregevole, Cass. Roma, 28 marzo 1900, in *Filangieri*, 1900, 519, col richiamo — al carattere di immobile per destinazione di una statua sacra custodita ed esposta da secoli alla venerazione dei fedeli in una chiesa, che fu per essa appositamente edificata e da lei si intitolò, sebbene la statua medesima non sia collocata in una nicchia, nè si trovi infissa nel muro, A. Catania, 8 marzo 1889, Finanze c. Provenzale (*La Legge*, 1889, 1, 745) — ai criteri per determinare quando si possa dire che il proprietario ha annesso una statua al fondo perchè vi rimanga stabilmente, A. Milano, 14 aprile 1879 (*Monitore dei Trib.*, 1889, p. 402 testo e nota).

quegli oggetti mobili che il proprietario di un edifizio vi ha annessi per farveli rimanere stabilmente. Premesso il quale principio, ha soggiunto ch'esso non trovasse la sua applicazione nella fattispecie, tra perchè la statua era stata tolta da quella nicchia nel 1861 ed era stata trasportata nella vicina chiesa di S. M. di Costantinopoli, senza che il signor Ranieri-Tenti avesse curato mai di reclamarla; e perchè nel 1884 a cura e spese non già di lui, ma della Vitale si era rifatta la nicchia sotto gli occhi suoi senza alcuna osservazione; e perchè ancora a cura e spese della stessa Vitale si era costruito l'altarino, si era ricamato il cappottino della statua e ad opera di lei si era questa in quella nicchia collocata.

Invece la Corte, ammessi cotesti fatti, avrebbe dovuto, per procedere con esatto criterio giuridico, distinguere due momenti: avrebbe dovuto investigare se da più tempo innanzi, fino al 1861 trovandosi la statua esposta in apposita nicchia costruita nell'edifizio del signor Ranieri-Tenti la si dovesse per legge considerare proprietà di costui; e nell'affermativa se cotesto diritto di proprietà si fosse per avventura potuto dire perduto ed a favore di chi, solo perchè la statua tolta dalla nicchia per ragioni politiche si era in detto anno 1861 trasportata nella chiesa di S. M. di Costantinopoli. Indi a ciò la Corte sarebbe dovuta passare ad esaminare un secondo momento, quello cioè se intervenendo l'opera della Vitale nel 1884 avesse potuto costei in quell'epoca, o dappoi acquisire un diritto di proprietà sulla statua, malgrado che questa venisse ad essere ricollocata in quella stessa nicchia costruita appositamente per essa e dove precedentemente trovavasi riposta.

Se così avesse proceduto la Corte, avrebbe indubbiamente cansato gli errori in cui è incorsa; imperocchè avrebbe scorso che fino al 1861 quella statua non poteva altrimenti dirsi che proprietà del signor Ranieri-Tenti, tra perchè, collocata nell'immobile di costui, militava a favore del medesimo una legittima presunzione, quella di averla egli od alcuno dei suoi autori riposta colà; e perchè la medesima per legge si doveva considerare un immobile per destinazione. E qui cade in acconcio notare l'errore in cui è venuta la Corte, quando a negare la qualità d'immobile per destinazione alla statua, si è fatta a considerare che questa era stata ricollocata nella nicchia non ad opera del proprietario, ma della signora Vitale, che aveva pure rifatta detta nicchia sotto gli occhi del proprietario.

In proposito la Corte non ha posto mente che per l'ultimo alinea dell'art. 414 c. c., basta perchè una statua si reputi immobile per destinazione, che sia collocata in una nicchia formata per essa espressamente, il che vuol dire che sia sufficiente il solo fatto del collocamento della statua nella nicchia. essendo indifferente la persona ad opera della quale detto collocamento si faccia; in questo caso è l'espressa destinazione della nicchia immobile che rende anche la statua un immobile per destinazione.

Chiarito così il concetto della legge, la controversia era facile a decidersi in un senso tutto opposto a quello ritenuto dalla Corte di rinvio. Il sig. Ranieri-Tenti era indubbiamente da considerarsi proprietario della statua fino al 1861: cotesto diritto di proprietà non era venuto meno fino al 1884 sol perchè durante quel tempo la statua trovavasi conservata nella chiesa di S. M. di Costantinopoli; dal 1884 in poi i fatti avvenuti ad opera della Vitale non potevano equivalere nè a rinunzia del suo diritto da parte del sig. Ranieri-Tenti, perchè le rinunzie non si presumono, nè tanto meno ad un diritto acquisito da parte della nominata Vitale, la quale curando di ricollocare la statua in quella stessa nicchia formata *ab antiquo* espressamente per essa, diede opera invece a che le cose ritornassero *ad pristinum*, a che cioè la statua ridiventasse un immobile per destinazione.

Venuti a siffatta conclusione, tutti gli altri fatti di venerazione di culto da parte della stessa Vitale si spiegano facilmente come atti di tolleranza, da non potere in veruna guisa mortificare il diritto del signor Ranieri-Tenti.

Per lo che è chiaro che la sentenza impugnata, la quale si è dipartita dagli esposti principî, non possa, giusta quanto fu annunziato in precedenza, non essere annullata.

—

ROMA (Sez. unite), 15 gennaio 1901 — *Pres.* Rocco-Lauria — *Est.* Cefalo — *P. M.* Quarta = Congregazione di Carità di Lodi c. Ministero dell'Interno e Savè.

Rientra nella competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria il decidere se un legato di beneficenza costituisca un ente autonomo o un semplice onere ereditario, agli effetti del concentramento *nella Congregazione di carità, nei sensi dell'art. 40 legge 17 luglio 1890* (1).

---

(1) Che la distinzione fra semplice *onere* e vero *legato* di beneficenza, agli effetti, sia dell'erezione in ente morale, sia del concentramento nella Congregazione, rientri nella competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria, ha deciso, da ultimo, la stessa Corte, pure a sezioni unite, in data 17 febbraio 1900 (*Filangieri*,

Esistono in Lodi, fra le altre, le due Opere pie denominate Ghisi e Banderali: la prima ha origine dal testamento di Luigi Ghisi dell'ott. 1875, che imponeva al suo erede l'obbligo di corrispondere annualmente L. 2000 al paroco *pro tempore* della cattedrale di Lodi, che assieme ad altre due persone da lui scelte doveva distribuirle a cittadini bisognosi, inabili al lavoro e d'età superiore ai 50 anni, e l'obbligo di corrispondere pure annualmente 50 coperte da letto alla Congregazione di Lodi, onde le avesse questa distribuite alle famiglie più bisognose della città, sentito il parere dei paroci; e tale opera pia fu eretta in corpo morale con d. r. 26 luglio 1883 che ne lasciò l'amministrazione al paroco. La seconda opera pia Banderali ha pure origine dal testamento del sacerdote Banderali del settembre 1824, che volle che un capitale, la cui rendita oggi è di L. 125 sul Debito pubblico, fosse consegnato al paroco della cattedrale di Lodi, onde ne avesse distribuito gl'interessi ogni anno ai poveri delle parochie del Duomo e di S. Maria del Sole di Lodi; e tale opera pia aveva uno statuto organico approvato con d. r. 24 luglio 1879, ed era pure amministrata dal paroco della cattedrale.

Intanto con r. d. 29 agosto 1895 furono ambedue tali opere pie concentrate nella Congregazione di carità di Lodi, e contro tale decreto ricorse il paroco amministratore alla IV Sez. del Cons. di Stato, chiedendone l'annullamento, sostenendo che, ai termini dei due testamenti, i lasciti a scopo di beneficenza fatti dai due testatori costituissero un semplice onere imposto al legatario, non una istituzione elemosiniera autonoma; e che per questa loro natura giuridica le due opere pie non potevano essere soggette a concentramento per l'art. 54 della legge 17 luglio 1890, che si riferiva a fondazioni per sè stanti ed aventi un carattere di vera persona giuridica, non a semplici erogazioni, come quelle della specie, che facevano peso ad un patrimonio lasciato ad un corpo morale già esistente e conservato, quale la fabbriceria del Duomo. E poichè nel ricorso si accennava al dubbio sulla competenza dell'autorità amministrativa a decidere dell'oggetto della controversia, la IV Sezione, in applicazione dell'art. 41 della legge del 1889, con decisione 3 giugno 1897, sospendendo ogni pronunzia, inviò gli atti a questa Corte di cassazione per la decisione sulla competenza. E la Congregazione di carità di Lodi nel portare la causa alla cognizione di questo Supremo Collegio, col suo ricorso chiedeva che si dichiarasse la competenza dell'autorità amministrativa a decidere sul ricorso presentato dal paroco contro il decreto di concentramento, dacchè la regola dell'art. 2 della legge sul contenzioso amministrativo, che deferisce ai tribunali ordinari ogni controversia relativa ai diritti civili o politici, deve intendersi ristretta a quei diritti che non si trovino già per legge deferiti alla competenza di una giurisdizione speciale. Ed aggiunge che come l'art. 25 della legge 2 giugno 1889 costituisce una deroga e restrizione a detta regola, attribuendo alla IV Sezione una giurisdizione speciale per la tutela di certe categorie di diritti, e disponendo ch'essa debba decidere pronunziando anche in merito, così l'art. 81 della legge 17 luglio 1890 attribuisce giurisdizione speciale alla IV Sezione in materia di provvedimenti definitivi diretti ad ordinare il concentramento degli istituti di beneficenza, giurisdizione che deve ritenersi piena, perchè, potendo conoscere il merito, ha per ciò stesso potere di conoscere e giudicare di tutte le questioni di diritto che si sollevano.

Bisogna guardare queste leggi degli anni 1889 e 1890 nel loro complesso, e tener presenti i principî che le determinarono ed ai quali s'informarono le loro disposizioni, per i quali appare manifesto ciò che ha costantemente ritenuto questa Cassazione, che cioè sempre che si tratti di pura quistione di diritto privato, questa rientra, a norma delle disposizioni stesse di dette leggi, nella competenza dell'autorità giudiziaria. Ed è stato per ciò sempre ritenuto che quando il ricorso alla IV Sezione è fondato sul motivo che il legato, pel quale si è decretato il concentramento, non esista quale ente autonomo, ma costituisca un semplice onere gravante la eredità, si venga a sollevare una quistione che esorbita dal campo della giurisdizione amministrativa; dacchè il vedere se un legato di beneficenza abbia o meno carattere di ente giuridico implica indagini sulla interpretazione dei testamenti, sull'indole e natura dei legati, sulla condizione giuridica di determinate opere pie, controversie queste tutte demandate esclusivamente alla competenza dell'autorità giudiziaria. E per verità in tali casi, in cui non si tratta di quistione che versi su materia da risolversi con criteri amministrativi, ma di semplice interpretazione di disposizioni testamentarie, d'indagine della volontà del

---

1900, 359, col richiamo) e 23 agosto 1898 (*Ib.*, 1899, 206): implicitamente A. Torino, 5 giugno 1900 (*Ib.*, 1900, 705). — Riguardo alla questione se gli oneri di beneficenza siano soggetti a concentramento nella Congregazione, v. per la negativa anche IV Sezione, 11 marzo 1898, in *Filangieri*, 1898, 718, colla nostra nota in senso difforme.

testatore, onde decidere qual'essa fosse stata, se quella cioè di imporre un solo onere al legatario, ovvero quella di costituire una fondazione per sè stante ed autonoma, non può dubitarsi della esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria, perchè dessa sola ha per legge il potere d'interpretare atti e testamenti e di conoscere e definire se una persona giuridica esiste, e quale ne sia la natura intrinseca; e nessuna legge posteriore a quella del 1865 sul contenzioso amministrativo ha inteso punto menomare la giurisdizione affidata all'autorità giudiziaria in simile materia.

La giustizia affidata alla tutela dei tribunali ordinarî è al tutto distinta da quella che mira a salvaguardare la legge 2 giugno 1889, il cui caposaldo fu il principio di dover restare fermo tutto quanto era stato rivendicato alla competenza giudiziaria dalla legge del 1865, non riguardando essa che le materie escluse dalla sfera della competenza giudiziaria e lasciate sotto l'impero della pura amministrazione. E questo principio non solo è implicito nella legge del 1889, ma è stato reiteratamente dalla stessa espresso là ove ha designate le categorie delle materie attribuite alla sezione contenziosa del Consiglio di Stato, cioè nei due articoli che assegnano i limiti della nuova competenza, nell'art. 24 ove si trova l'inciso « quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell' autorità giudiziaria », e nell'art. 25 nel cui ultimo capoverso è solennemente proclamato, che « nulla è innovato nelle disposizioni delle leggi vigenti, per quanto riguarda la competenza giudiziaria ».

Così che i due campi sono nettamente delimitati; e come i diritti civili e politici dei cittadini trovano garanzia nell'azione giudiziaria, così qualsiasi interesse che venisse leso o per violazione di legge o per eccesso di potere, o per incompetenza, apre l'adito al ricorso avanti la IV Sezione del Consiglio di Stato, la cui competenza, se non ha limite in ordine alle persone, lo ha però in ordine alla materia, sfuggendo ad essa la cognizione dei diritti veri e propri che hanno la tutela della giurisdizione ordinaria.

Perciò erra la ricorrente Congregazione di carità, quando sostiene che l'art. 25 della legge del 1889, così come l'art. 81 della legge del 1890, costituiscano una deroga dell'articolo 2 della legge sul contenzioso amministrativo del 1865, la cui osservanza invece è stata, come si è detto, richiamata dallo stesso art. 25 della legge del 1889, così come coll'art. 82 della legge del 1890 è stato esplicitamente dichiarato che erano fatte salve le disposizioni dell'alleg. *E* alla legge 20 marzo 1865 e delle altre leggi che regolano la competenza amministrativa e giudiziaria; per lo che non è concepibile che per dette leggi si fosse voluto dal legislatore derogare alla regola fondamentale per cui sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le materie, nelle quali si faccia quistione di un diritto civile o politico.

E non varrebbe l'osservare nella specie ch'esistano i decreti di costituzione delle opere pie in enti morali; dacchè il paroco ha attaccato pure come illegittimi tali decreti, sostenendo che illegalmente avvennero tali costituzioni; per lo che deve dichiararsi la competenza dell'autorità giudiziaria.

P. q. m., dichiara la competenza dell'autorità giudiziaria.

—

ROMA (sez. un.), 12 gennaio 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Pugliese — *P. M.* Quarta A. G. = Com. di Verona c. Com. di S. Giovanni in Persiceto.

In tema di rimborso di spese di spedalità è di competenza esclusiva dell' autorità giudiziaria il decidere se siano ancora applicabili talune disposizioni legislative (1).

Nell'aprile e nel maggio 1892 certo Bonapace Francesco fu accolto nell'Ospedale civico di San Giovanni in Persiceto e vi cagionò la spesa di L. 13 50.

L'Ospedale si rivolse al Comune di Verona per essere rimborsato della spesa dianzi indicata, ma il Comune vi si rifiutò affermando essere tuttora esistente l'obbligo di reciprocità nella cura degli ammalati poveri fra le province venete e quella di Bologna per effetto delle Normali austriache non abrogate.

L'Ospedale si rivolse al Ministero dell'interno, il quale, con provvedimento 17 marzo 1895, sulla considerazione che la convenzione diplomatica 3 febb. 1861, invocata dal Comune di Verona, riflettesse i rapporti fra due Stati, in materia di ospedalità, e non quelli fra due provincie dello stesso reame italico, accolse la domanda dell'ospedale di San Giovanni in Persiceto.

Contro il provvedimento ministeriale fu prodotto dal Comune di Verona rituale e tempestivo ricorso alla IV Sez. del Cons. di Stato, la quale, con decisione 7 nov. 1896,

(1) Decisione correttissima. Sarebbe invece di competenza dell'autorità amministrativa lo stabilire quale sia il « domicilio di soccorso » dell'assistito (Cass. Roma, sez. un., 25 maggio 1899 in *Filangieri*, 1899, 782 col richiamo); o se ricorresse il motivo dell'urgenza di cui all'art. 79 della legge 17 luglio 1890 (stessa Corte, 27 settembre 1900, in *Mon. Trib.*, 1900, 281).

elevando di uffizio la eccezione di incompetenza, e sospesa ogni decisione in merito del ricorso, ha trasmesso gli atti a questo Supremo Collegio perchè decida su tale eccezione.

Trattandosi d'indagare e decidere quale sia la legge che meriti di essere applicata al concreto caso, se cioè quella invocata dal ricorrente Comune (convenzione diplomatica del 7 gennaio 1861) o quella adottata dal Ministero dell'interno (legge 17 luglio 1890) nel conoscere di un diritto di rimborso messo innanzi dall'Ospedale, la competenza non può essere che quella della autorità giudiziaria.

P. q. m., dichiara la competenza dell'autorità giudiziaria.

—

PALERMO, 31 dicembre 1900 — *Pres.* Majelli — *Est.* Gagliardi — *P. M.* Gionfrida = Monteforte c. Pollini.

È valida la cambiale rilasciata in bianco purchè si trovi rivestita di tutti i suoi requisiti quando se ne fa uso (1).

Non è nuova la questione se la cambiale sia perfetta ed efficace quando nel momento dell'esecuzione essa trovasi fornita di tutte le formalità volute dalla legge, e non già quando queste formalità si possa provare che mancavano al momento del contratto, in quanto sia stata rilasciata in bianco; la questione ha formato oggetto di lunghe discettazioni in dottrina, e variamente è stata risoluta in giurisprudenza.

Giova riassumere sinteticamente le ragioni giuridiche che suffragano la efficacia della cambiale consegnata in bianco dall'emittente al prenditore. L'emittente che liberamente ha consentito di contrarre un'obbligazione cambiaria, consegnando il titolo in bianco al suo creditore, si affida alla buona fede di lui, e tale consegna include il mandato di poter riempire la cambiale delle formalità necessarie per renderla titolo esecutivo.

Sicchè il prenditore, completando la cambiale, non crea lui l'obbligazione cambiaria, ma esegue il mandato ricevuto; e, così, l'obbligazione risale al tempo della convenzione, per modo che la cambiale si ha come completa *ab initio suo*, e come se fosse stata scritta dall'emittente medesimo.

Nè, dopo ciò, vale opporre, come fecero i sostenitori della invalidità della cambiale in bianco, che il mandato non sarebbe compatibile nella specie, perchè troverebbe ostacolo nell'indole formale qual'è appunto la lettera di cambio:

a) perchè il mandatario sarebbe interessato a creare un titolo a sè stesso;

b) perchè tale mandato sarebbe revocabile *ad nutum* del mandante.

Però questa seconda obbiezione avrebbe valore nel caso del mandato semplice, ma sparisce quando si osservi che il mandato può contenere una convenzione ed essere un mandato corrispettivo *ad rem suam*, che non è perciò revocabile: « Mandatum contrahi« tur, sive mea tantum gratia tibi mandem, « sive aliena tantum, sive mea et aliena, « sive mea et tua », leg. 2 Dig. *Mand. vel. cont.*

E quanto all'altra obbiezione dedotta dagli inconvenienti che potrebbero derivare dall'abuso di cambiali in bianco, non hanno valore giuridico perchè « adducere inconveniens non est solvere argumentum ».

E del resto il codice penale contro questo abuso, ove si verificasse, provvede con la pena stabilita pel reato di abuso di foglio in bianco, punendo quel prenditore che avesse sorpreso la buona fede dell'emittente, eccedendo i limiti del mandato. Invece inconvenienti seri deriverebbero nella pratica ove si ammettesse la inefficacia della cambiale rilasciata in bianco:

a) Si annullerebbe l'istituto delle cambiali di comodo che rappresentano una semplice garanzia pel creditore;

b) I terzi a cui sarebbe girata la cambiale potrebbero essere lesi;

c) Le eccezioni riguardanti le formalità che, ai sensi dell'art. 324 c. comm., solamente possono arrestare la forza esecutiva della stessa, sarebbero l'arma abituale dei debitori di mala fede;

d) La vita del commercio, che trova questo mezzo rapido di scambiare la celerità dei traffici, ne verrebbe a soffrire.

Adunque, se deve bastare che la cambiale solo al momento dell'esecuzione sia rivestita di quelle formalità di cui all'art. 323 c. di comm., se la cambiale in bianco trova il suo fondamento legale nel mandato *ad rem suam* e negli usi commerciali, i quali ai sensi dell'art. 1 c. comm. debbono eseguirsi quando la legge non li vieti, bene il tribunale riteneva che la cambiale, presentata in giudizio dalla signora Giuliano, fosse perfetta ed efficace quando nel momento dell'esecuzione essa trovasi fornita di tutti i requisiti voluti dalla legge commerciale, ed essere perciò frustranea la prova testimoniale richiesta dal magistrato.

P. q. m., rigetta.

—

(1) Cfr. da ultimo Cass. Napoli, 25 giugno 1898 in *Filangieri*, 1899, 213, col richiamo e implicitamente A. Torino, 4 luglio 1900 (*Ib.*, 1900, 771) colla nota.

PALERMO, 31 dicembre 1900 — *Pres.* Majelli — *Est.* Stranieri = Bommarito c. Tramonte.

1. *Non occorre iscrizione in falso per impugnare di simulazione un atto pubblico* (1).

2. *La prova della simulazione di un atto in frode alla legge può esser data anche con testimoni* (2).

La ricorrente Bommarito sosteneva avanti la Corte di merito che l'atto 15 dicembre del 1896 col quale si dichiarava debitrice di L. 3000 verso Tramonte era simulato e fatto in frode alla legge perchè quel debito non era suo, ma del marito suo Mannino, per somministrazione di farina o semola fattagli dal Tramonte, e che essa ricorrente intervenne in quell'atto solo per garentire il debito del marito dando ipoteca sui suoi beni, garanzia ch'era nulla perchè non autorizzata dal tribunale stante la contrarietà d'interessi.

All'uopo chiedeva provare con testimoni la verità del suo assunto. Ora data questa posizione di fatto, giustamente la ricorrente censura la impugnata sentenza che dichiarò inammissibile la chiesta prova testimoniale.

L'errore fondamentale dell'impugnata sentenza sta nel ritenere, che non sia dato alle parti contraenti d'insorgere contro l'atto pubblico per dimostrare che l'oggetto della convenzione, che fu dichiarato al notaio e da costui riportato nel pubblico strumento, sia simulato e fatto in frode alla legge, sul motivo che l'atto pubblico pel disposto dell'art. 1317 c. c., fa piena fede delle convenzioni e dei fatti seguìti alla presenza del notaio o di altro pubblico ufficiale. Codesta intelligenza, data dalla Corte di merito alla cennata disposizione, è contraria alla legge. Imperciocchè è pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza che un atto pubblico fa fede sino all'iscrizione in falso dei fatti materiali che il pubblico ufficiale vi abbia enunciati, come avendoli egli stesso adempiuti, o come seguìti in sua presenza, ma non fa fede sino all'iscrizione in falso della sua sincerità o della verità intrinseca delle dichiarazioni e delle convenzioni che il pubblico ufficiale vi abbia riportate, come fatte in sua presenza dalle parti, in quanto che il pubblico ufficiale non può essere mallevadore della verità intrinseca delle dichiarazioni e convenzioni, perchè trattandosi di fatti puramente morali non ha potuto certamente convincersi colla testimonianza dei suoi sensi.

Da ciò segue che l'atto pubblico, per quanto riguarda la verità intrinseca delle convenzioni che in esso si contengono, fa fede soltanto fino a prova contraria, ma non fino alla iscrizione in falso, e quindi tali dichiarazioni e convenzioni ben possono essere impugnate e arguite di simulazione o da terzi o anche da una delle parti. Salvo a vedere quale possa e debba essere il mezzo di prova per la sua ammissibilità trattandosi di un atto pubblico siccome quello in ispecie. È quistione di specie di prova, non di divieto ad impugnarlo di simulazione.

Epperò la Corte di merito che, nel concreto caso, ritenne che la ricorrente non poteva impugnare di simulazione o frode alla legge la convenzione racchiusa nell'atto notarile del 15 dic. 1896 per ostacolo alla fede dovuta all'atto pubblico, violò e fece falsa applicazione dell'art. 1317 c. c.

Del pari fondato è il II mezzo. Non è dubbio che pel principio sancito nell'articolo 1341 c. c. la prova testimoniale non è ammessa per distruggere, alterare o modificare le risultanze di un atto scritto. Ma a codesto divieto si fa eccezione, quando colui che la invoca sia stato nella impossibilità di procurarsi una prova scritta, come prescrive tassativamente l'art. 1348 dello stesso codice.

Ora nella specie la ricorrente era nell'impossibilità di procurarsi la prova scritta per dimostrare che l'atto del 15 dic. 1896 era simulato, in quanto che le si accollava un debito che non era suo, ma del marito Mannino, ed era anche fatto in frode alla legge, non volendosi far comparire essa ricorrente come semplice garante del marito onde sfuggire all'autorizzazione del tribunale.

E questa impossibilità della ricorrente a procurarsi una prova scritta, era una impossibilità morale costituita per lo stato di dipendenza in cui trovasi a riguardo del di lei consorte Salvatore Mannino; e quindi ben poteva provare a mezzo di testimoni i fatti articolati.

La Corte adunque violò l'art. 1348 c. c. col dichiarare inammissibile la prova testimoniale invocata dalla Bommarito, ed errò pure nel ritenere che di fronte all'atto pubblico era altresì inammissibile l'interrogatorio deferito al creditore Tramonte sui capitolati di prova, imperocchè se era ammissibile la prova testimoniale per le ragioni innanzi espresse, molto più si rendeva ammissibile l'interrogatorio, che è il mezzo con cui si cerca di ottenere dall'altra parte la confessione del fatto che si vuol provare.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

(1-2) Cfr. da ultimo Cass. Torino, 13 settembre 1900 in *Filangieri*, 1901, 134 colla nota.

FIRENZE, 20 dicembre 1900 — *Pres.* Cesarini — *Est.* Giordani = P. M. c. Cagnasso.

1. *Il P. M. può sempre, riguardo alle iscrizioni nell'albo di avvocati e procuratori, far richiamo all'autorità giudiziaria, tanto se si tratti di nuova iscrizione quanto se si tratti di trasferimento, tanto se la domanda dell'interessato sia stata ammessa quanto se sia stata negata* (1).

2. *Nel caso di trasferimento dall'albo di uno a quello d'un altro Collegio, i procuratori legali non sono tenuti a presentare che il certificato di cui all'art. 42 della legge per giustificare la cessata appartenenza al primo collegio e la mancanza di motivi che ostino al chiesto trasferimento* (2).

Il dottor Carlo Cagnasso, inscritto il 7 maggio 1900 nell'albo dei procuratori presso la Corte d'appello in questa città, volendo trasferire la sua residenza a Padova, e farsi inscrivere in quell'albo, ne fece domanda a quel Consiglio di disciplina, esibendo un certificato col quale il presidente del Consiglio di disciplina dei procuratori qui esercenti dichiarava che il dott. Cagnasso aveva rinunziato al Collegio, al quale apparteneva, e che non vi era alcun motivo che si opponesse al chiesto trasferimento.

Quel Consiglio di disciplina però, con deliberazione 11 sett. detto anno, respinse tale domanda di trasferimento per non avere il richiedente presentato i documenti prescritti dall'art. 39 della legge 8 giugno 1874 sull'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore; ma quel tribunale, pronunziando in Camera di Consiglio sul reclamo dal dott. Cagnasso interposto, ordinò la iscrizione di lui nell'albo dei procuratori colà esercenti.

Contro siffatta decisione il P. M. presso quel tribunale interpose ricorso per cassazione, deducendo il seguente unico mezzo di annullamento: Violazione dell'art. 42 della legge 8 giugno 1874 in relazione all'art. 39 della stessa legge.

Il dott. Cagnasso alla sua volta ha dedotto la inammissibilità del ricorso e subordinatamente ha chiesto il rigetto.

Non è fondata la dedotta inammissibilità del ricorso che il controricorrente desume dalla lettera e dallo spirito dell'articolo 11 della legge citata, che, a suo avviso, non consentono che il P. M., quando ha espresso soltanto un parere, e non ha proceduto per azione, possa ricorrere contro la decisione che a quel suo parere non sia conforme. Difatti il citato art. 11 dispone che il P. M., il quale è soltanto udito per il suo parere sopra ogni domanda d'iscrizione in un albo di avvocati, e non procede per via di azione, può reclamare alla Corte d'appello, nel caso che la domanda d'iscrizione sia stata ammessa contro al suo parere. E la stessa disposizione per l'art. 41 della stessa legge, vale per ogni domanda di iscrizione nell'albo dei procuratori presso una Corte, od un tribunale, con la sola differenza che, se si tratta di un Collegio di procuratori esercenti presso un tribunale, dove non ha sede la Corte d'appello, il richiamo è fatto al tribunale, che provvede con decisione inappellabile, contro la quale si può ricorrere in cassazione, giusta il citato art. 11. Tali norme poi, stabilite per la iscrizione negli albi degli avvocati e dei procuratori, non possono non applicarsi per analogia al provvedimento col quale il Consiglio di disciplina neghi, come nella specie, ovvero ammetta la domanda di iscrizione per semplice trasferimento, perchè altrimenti mancherebbe e per il richiedente la iscrizione e per il P. M. una disposizione, in forza della quale l'uno o l'altro potesse reclamare all'autorità giudiziaria.

Passando all'esame del mezzo dedotto dal procuratore del re in Padova per l'annullamento della suddetta decisione di quel tribunale 21 ott. 1900, occorre osservare che per l'art. 42 della legge succitata il procuratore che vuole trasferire altrove la sua residenza, e farsi inscrivere in altro albo, deve farne la domanda al presidente del

(1-2) Riguardo alla prima massima, crediamo non si possa dissentire della decisione della S. C. — Quanto alla seconda, si vegga, in senso conforme, A. Napoli, 7 dicembre 1894, Rabo c. P. M., in *Legge*, 1895, 1, 808; Cass. Napoli, 2 agosto 1894, fra le stesse parti (*Ib.*, 1894, 2, 810). Contra: A. Milano, 9 ottobre 1894, ric. Riva, pure in *Legge*, 1895, 1, 94 e 11 giugno 1900 ric. Marocco, in *Mon. Trib.*, 1900, 688. L'argomento principale di quest'ultima decisione è che l'art. 42 della legge sugli avvocati e procuratori impone al procuratore un altro obbligo in più di quelli già stabiliti per la iscrizione originaria. « E di vero: l'articolo 42 vuole la domanda, ossia quella domanda che è espressamente voluta dall'art. 41 che immediatamente lo precede, col richiamo all'altro precedente art. 10, ossia la domanda corredata dai titoli. Questo è evidente: come è evidente che la esigenza del certificato di rinunzia e di nulla osta è un'esigenza di aggiunta per impedire che un procuratore resti inscritto ed eserciti in due o più collegi in rispetto alla legge, e per impedire che con un precipitato o intempestivo trasferimento il procuratore riesca, per avventura, a sottrarsi a un giudizio disciplinare da cui sia minacciato ». Benissimo: ma tutto ciò non spiega nè rende necessario il riesame dei titoli fondamentali per l'inscrizione, riesame che a parer nostro è superfluo e non trova certo appoggio nei termini, limpidi e precisi, della legge.

Collegio, dove vuole essere iscritto, e giustificare con certificato del Consiglio di disciplina del luogo, dove era iscritto, di aver rinunziato al Collegio cui apparteneva, e di non esservi motivo che si opponga al chiesto trasferimento; sicchè colui che già esercita le funzioni di procuratore e rinunzia al Collegio al quale apparteneva, stando a siffatta disposizione, non deve esibire altro documento se non quello nella disposizione medesima indicato, per giustificare le due condizioni dalla legge richieste per il trasferimento, che sono la rinunzia al Collegio cui apparteneva, e la mancanza di motivi impedienti la iscrizione nell'altro albo.

Nè vale opporre in contrario che la disposizione del citato art. 42 della legge 8 giugno 1874 debba prendersi in relazione all'art. 39 della stessa legge, e che quindi, oltre al certificato indicato nel primo articolo, debba colui che chiede il trasferimento esibire i documenti indicati nel secondo, poichè i due articoli riguardano due ipotesi affatto distinte. Difatti l'art. 39 concerne le domande di originaria iscrizione in un albo di procuratori, ed è giusto che in tal caso il richiedente esibisca tutti i documenti necessarî per provare ch'egli ha i requisiti nello stesso articolo indicati. L'art. 42 invece riguarda il trasferimento di chi, avendo già acquistato il diritto di esercitare le funzioni di procuratore, per essere stato già iscritto in un albo con deliberazione definitiva, non impugnata dal P. M., e quindi irrevocabile, domanda di essere trasferito da un Collegio in un altro; nel quale caso, non potendosi più riesaminare se concorrano nel richiedente tutti i requisiti di cui nell'art. 39 succitato, appunto perchè il suo diritto all'esercizio delle funzioni deriva da quella deliberazione irrevocabile, avente gli stessi effetti della cosa giudicata, il legislatore richiede soltanto che esibisca, per ottenere il trasferimento, un certificato che provi di aver egli rinunziato al Collegio cui apparteneva, e che non vi sono motivi che ostino alla sua domanda; motivi che consistono o in procedimenti penali od in altri fatti concernenti l'esercizio della professione di procuratore.

Nè vale opporre altresì che, se per l'art. 38 della legge citata i Consigli di disciplina possono al principio di ogni anno rivedere e rinnovare i loro albi, possono parimenti esaminare se, in caso di domanda d'iscrizione per trasferimento, il richiedente abbia i requisiti di cui all'art. 39; poichè l'attribuzione di cui tratta l'art. 38 si riferisce ad operazioni puramente esecutive quali sarebbero le modificazioni da farsi all'albo per la morte, cessazione dell'uffizio, sospensione di procuratori.

Nè per analogia può invocarsi la disposizione contenuta negli articoli 10 e 41 della legge citata, in forza della quale disposizione gli avvocati ed i procuratori che hanno cessato dall'esercizio della professione per rinunzia volontaria o per impiego o professione incompatibili, se vogliono essere di nuovo iscritti, debbono esibire tutti i documenti che provino i requisiti dalla legge stabiliti; poichè chi vuol riprendere l'esercizio della professione di avvocato o di procuratore si trova in una condizione ben diversa da quella del procuratore, che senza interruzione chiede il trasferimento da un Collegio ad un altro.

P. q. m., rigetta.

—

FIRENZE, 20 dicembre 1900 — *Pres.* ed *Est.* Cesarini = Fondiaria-Vita c. Schiavo.

1. *Il pegno commerciale è regolato esclusivamente dagli art. 454 e segg. c. comm.* (1).

2. *La clausola inserita nel contratto di prestito su polizza d'assicurazione sulla vita, secondo la quale il mancato pagamento degli interessi relativi conferisce alla Società assicuratrice il diritto di risolvere il contratto di assicurazione e di riscattare la polizza, non costituisce patto commissorio a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1884 c. c.*

La Compagnia assicuratrice *La Fondiaria* coll'unico mezzo del suo ricorso censura la sentenza denunziata per aver violate le disposizioni dei citati articoli del cod. civ. e del cod. comm. in quanto ha ritenuto che l'art. 3 dell'atto 18 febbraio 1896 pattuito fra essa e lo Schiavo ed allegato alla polizza di assicurazione sulla vita di quest'ultimo esaurisca gli estremi di un patto commissorio dalla legge vietato, mentre, secondo essa ricorrente, questi estremi affatto non si verificano.

Il detto allegato alla polizza sottoscritto dallo Schiavo come contraente, è così concepito:

« Art. 1.° Il contraente s'impegna a corrispondere alla Compagnia, fintanto che sussisterà l'anticipazione o prestito, la somma di L. 308.10 e ciò al 1.° dic. di ogni anno per interessi anticipati, imposta di ricchezza mobile e bollo, contro quietanza che egli curerà di ritirare in tempo debito firmata dal direttore generale, o da persona all'uopo designata dal Consiglio ».

(1) Cfr. stessa Corte, 6 marzo 1890 in questo *Filangieri*, 1890, 2, 389 con un'ampia e dotta nota adesiva del prof. Bolaffio. V. pure Vivante, *Studî sul diritto di pegno e di ritenzione*, *Ib.*, 1887, 1, 340

« Art. 3.° Se entro 30 giorni dalla scadenza suindicata il contraente non avrà totalmente, ed in una sola volta, corrisposto l'importo della quietanza stessa, la polizza s'intenderà di pieno diritto riscattata d'ufficio, restando infruttifera, a disposizione dell'avente diritto, la differenza fra il valore di riscatto e l'ammontare da prestito, mentre ora per allora il sottoscritto dichiara rinunziare a qualsiasi avviso o diffida per parte della Compagnia ».

Non ha fondamento l'obietto pregiudiziale addotto all'udienza dalla difesa dell'intimato contro il detto ricorso, vale a dire che, trattandosi nel caso di interpretazione di contratto, per insindacabile apprezzamento del giudice del merito, debba il ricorso stesso venire senz'altro rigettato, imperocchè la sentenza denunziata, essendosi unicamente occupata della definizione giuridica del contratto posto in essere tra la Compagnia assicuratrice e l'assicurato Schiavo, giusta i precisi termini coi quali era formulato, nel fine di decidere se in esso ricorrevano li estremi del pegno ed in special modo del patto commissorio, ha emesso un giudizio di mero diritto sopra questione eminentemente giuridica che interessa in principal guisa la competenza di questo Supremo Collegio.

Prima di tutto devesi prescindere dall'esaminare la non semplice questione se la consegna della polizza fatta dall'assicurato alla Compagnia al momento dell'anticipazione che essa gli fece a titolo di prestito, abbia o no i requisiti del contratto di pegno, inquantochè non s'insiste più su tale punto di disputa in questa sede e si ammette da ambo le parti la esistenza del contratto anzidetto.

Trattandosi nel caso di un pegno commerciale, su di che non può elevarsi dubbio, la questione cui dà luogo il ricorso deve esaminarsi unicamente di fronte alle disposizioni del cod. di comm. in vigore, il quale ha regolato la materia del pegno commerciale nei suoi art. 454 a 460 senza mai far richiamo alla legge civile, onde le disposizioni del cod. civ. in proposito non sono invocabili per indurre una nullità che non è espressamente sanzionata dal cod. comm., siccome questa Corte Suprema già dimostrò e ritenne colla sua decisione del 27 febb. 1890 nella causa fallimento dei fratelli Soria e Banca nazionale italiana.

Il contratto di assicurazione sulla vita, che negli ultimi tempi ha preso un così largo sviluppo, oltre ad essere disciplinato dalle disposizioni degli art. 417, 428, 430, 432 e 449 a 453 c. comm., trae norme suppletive altresì da tutte quelle clausole e condizioni che, al seguito dei patti dei contraenti e delle pratiche di comune accordo introdotte in esplicazione degli elementi essenziali del contratto medesimo, vengono stabilite nelle polizze di assicurazione, le quali perciò prevedono e contemplano, nelle loro condizioni generali, diverse figure giuridiche e casi di risoluzione in aggiunta ed aumento a quelli enunciati nel cod. comm.

Tra queste norme suppletive, come derivazione diretta del contratto di assicurazione sulla vita, sono a segnalarsi le anticipazioni ossia i prestiti sulle polizze quando avendo queste acquistato un valore economico, e lo acquistano dopo un triennio dalla stipulazione di detto contratto (art. 11 delle condizioni generali di polizza), l'assicurato che cessò dal pagamento dei premi, volendo mantenere in vigore l'assicurazione stata ridotta, le chieda e le ottenga dalla Compagnia assicuratrice in preferenza al riscatto della polizza cui avrebbe diritto; e sono ancora a notarsi, in relazione alle medesime ed a garantia della Compagnia anzidetta, le obbligazioni pattuite dall'assicurato di corrispondere puntualmente alle scadenze annuali gli interessi sulle somme ricevute a prestito, obbligazioni che sogliono riprodursi, come convenzione speciale aggiunta, in apposito allegato, il quale va a formar parte del contratto di assicurazione alle cui condizioni espressamente si riferisce, e dove l'assicurato stipula, in caso di sua mora al pagamento degli interessi, una clausola penale che implica la risoluzione del contratto al verificarsi di quel caso ed autorizza ad un tempo la Compagnia a fare essa il riscatto d'ufficio della polizza.

Il sopra trascritto allegato 18 febb. 1896 alla polizza Schiavo risponde appunto a questa figura giuridica, e bene a ragione la Compagnia ricorrente censura la denunziata sentenza per avervi ravvisato un patto commissorio dalla legge vietato.

Nulla infatti di contrario alla legge si trova in detto allegato. Vi è l'apposizione da parte del debitore pignoratizio di una clausola penale a garanzia dell'adempimento della sua obbligazione di pagare gli interessi sui prestiti ricevuti, ciò che legalmente può farsi, in ordine all'art. 1209 c. c., tanto nelle obbligazioni civili quanto nelle commerciali. Vi è la stipulazione di un caso speciale di scioglimento del contratto da parte dell'assicurato ove risulti moroso al pagamento di detti interessi ed essa è pur lecita ed alla legge conforme e, come si è già avvertito, figura tra le norme che si sono introdotte e si osservano nel regime del contratto di assicurazione sulla vita in aggiunta alle regole stabilite dal cod. comm. Vi è finalmente anco l'autorizzazione data dall'assicurato alla Compagnia assicuratrice in detto caso, di riscattare d'ufficio la polizza alle condizioni

fissate nel predetto allegato; ed è su questo punto che la Corte d'appello ha dovuto dopo matura riflessione, com'essa afferma, inclinare a ritenere l'esistenza del patto commissorio dichiarato nullo dalla legge.

Questo Supremo Collegio non può menomamente aderire a siffatto concetto giuridico.

Prima di tutto è in errore la denunziata sentenza quando dichiara che il patto commissorio si trovi nella *ritenzione* del pegno, imperocchè la ritenzione della cosa oppignorata è condizione necessaria della garantia reale competente su di essa al creditore, forma la dimostrazione esteriore del vincolo del pegno e costituisce il primo diritto spettante allo stesso creditore per effetto di questo contratto. Non è la ritenzione, ma è la vera appropriazione del pegno che può assumere i caratteri del patto commissorio proibito dalla legge, e li assume quando, senz'altro, il creditore fa sua la cosa pignorata, qualunque sia il rapporto del suo valore con l'ammontare del credito, in quanto il legislatore col suo divieto ha voluto soltanto evitare il pericolo che, essendo il valore venale del pegno quasi sempre superiore alla somma del debito con esso garantito, il debitore, stretto dal bisogno, rinunzi senza compenso alla differenza fra l'ammontare del suo debito ed il prezzo del pegno.

Nel caso attuale peraltro la Compagnia assicuratrice non si è appropriata puramente e semplicemente la polizza in rimborso delle sue anticipazioni, ma, verificatasi la condizione pattuita dello scioglimento del contratto per la mora dell'assicurato al pagamento degli interessi, ed essendo allora rimasta risoluta la polizza, essa si è valsa dell'autorizzazione concessale di riscattarla d'ufficio ossia di comprarla al prezzo risultante al momento del riscatto, dell'applicazione di quei criteri che l'assicurato venditore aveva concordato sino da quando stipulò il contratto di assicurazione e che sarebbero stati applicati nell'identico modo ove egli stesso invece dell'anticipazione avesse domandato la risoluzione del contratto, ossia il riscatto della polizza cui avrebbe avuto diritto.

E che questo prezzo sia il prezzo giusto non può minimamente dubitarsi perchè si determina, al momento del riscatto, mediante una semplice operazione aritmetica scontando il valore di riduzione della polizza per il periodo di tempo a decorrere tra il giorno del riscatto medesimo e quello del termine dell'assicurazione, senza che tal valore possa mai venir modificato a danno dell'assicurato, il quale, per patto contrattuale, sa che il valore stesso non può essere in verun caso minore del terzo dei premi pagati (art. 451 c. comm. e art. 11 delle condizioni generali della polizza Schiavo). Onde la Compagnia può ben legittimamente rimborsarsi, per via di compensazione, delle fatte anticipazioni lasciando a disposizione dell'assicurato venditore il rimanente, ossia la differenza fra il valore di riscatto e l'ammontare del debito.

Nè ha fondamento l'obietto che per aversi il prezzo giusto, la Compagnia debba procedere ad una vendita giudiziale della polizza, secondo le forme prescritte dalla legge civile, perchè l'art. 458 c. comm., a differenza del 1884 c. c., lascia in facoltà delle parti di stabilire convenzionalmente i modi e le forme della vendita del pegno, onde le norme date dalla legge sono soltanto suppletive nell'evento che nulla in proposito siasi stabilito.

La *Fondiaria* non ha fatto altro quindi che valersi dell'anzidetta facoltà ed ha operato il riscatto nel modo fissato dall'art. 3 dell'allegato alla polizza ed osservando i criteri ed i calcoli prestabiliti nella polizza stessa, liberamente accettati dall'assicurato, il quale convenne che la Società assicuratrice avesse diritto di usargli quello stesso trattamento che gli avrebbe usato se invece il riscatto fosse stato domandato da lui. Evidentemente essendo questi i termini del contratto risultanti dal surriferito allegato si ha, nel caso concreto, non il fatto vietato dell'appropriazione del pegno, ma unicamente una vendita condizionale del medesimo, espressamente pattuita dall'assicurato Schiavo a favore della Compagnia assicuratrice *La Fondiaria*, per il verificarsi del di lui inadempimento a corrispondere gli interessi sulle ricevute anticipazioni, vendita la quale il cod. comm. non impone che debba farsi con forme stabilite a pena di nullità, quando le parti abbiano, come nel caso, concordato e stipulato fra loro un modo diverso da quello giudiziale.

Per le osservazioni premesse apparisce conforme a giustizia l'annullamento della denunciata sentenza.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

NAPOLI, 3 dicembre 1900 — *Pres.* Antonucci — *Est.* Cianci — Sommella c. Zotti.

Anche la girata d'una cambiale già scaduta trasferisce nel giratario l'azione cambiaria (1).

(1) Cfr. da ultimo Cass. Torino, 10 dicembre 1898 in questo *Filangieri*, 1899, 532, col richiamo.

Tutto il contenuto del ricorso si svolge intorno alla tesi che la girata di cambiale già scaduta, pur avendo gli effetti soltanto della cessione, giusta il codice di commercio, può trasferire al cessionario anche l'azione cambiaria ed esecutiva spettante al cedente nell'atto della cessione. E questo Supremo Collegio, fra le diverse soluzioni date alla proposta questione, ritiene preferibile l'opinione affermativa, la quale ormai è favorita da maggiori suffragi nella dottrina e nella giurisprudenza. Se egli è vero che la girata nell'intima sua natura non rappresenta in sostanza che la cessione di un credito cambiario, non può negarsi per legittima conseguenza al cessionario l'azione inerente al titolo originario del cedente. Difatto l'art. 256 c. comm. dispone che la girata trasferisce la proprietà della cambiale e tutti i diritti che vi sono annessi, senza far distinzione se sia o no scaduta; nel capoverso poi è detto che i giranti sono solidariamente responsabili dell'accettazione di essa e del pagamento; e d'altra parte l'art. 260, in riguardo alla cambiale scaduta nel momento della girata, si rimette alle norme della cessione contemplata nel codice civile.

Ora se l'art. 1543 esclude la responsabilità del cedente circa la solvenza del debitore ceduto in mancanza di obbligo espressamente convenuto, devesi di necessità conchiudere che in ciò soltanto vuolsi ravvisare una specifica differenza, da un canto fra girante e giratario di un effetto non ancora scaduto, e dall'altro lato fra girante e giratario di una cambiale già scaduta. Appena occorre poi rilevare che nelle relazioni fra il giratario ed il debitore non può esistere che quest'altra differenza: se la girata avvenne prima della scadenza, il debitore può opporre le sole eccezioni personali a colui che eserciti l'azione cambiaria (art. 324 c. comm.); invece se la girata ebbe luogo su cambiale già scaduta, è lecito al debitore dedurre tutte le eccezioni che per effetto della cessione si potevano altresì opporre al girante o cedente.

Delineate così le caratteristiche differenziali che distinguono la girata dalla cessione, ciascun vede che anche quando la girata sia avvenuta dopo la scadenza, il diritto ceduto si trasferisce nello stato in cui era al momento della cessione, il cessionario subentra in tutti i diritti del cedente, il quale non ha altro dovere che di garantire la sussistenza del credito (art. 1542), senza che la condizione dell'accettante e di qualsiasi altro soscrittore della cambiale possa subire alterazione qualsiasi. Insomma l'azione cambiaria inerente al credito ceduto e costituente in certa guisa l'accessorio di quanto formò l'oggetto della cessione (art. 1541), come già poteva sperimentarsi dal girante o cedente contro il debitore principale ed i debitori sussidiari, allo stesso modo può esercitarsi dal giratario o cessionario contro ciascuno di quelli. E ciò apparirà perfettamente logico se per poco pongasi mente che in relazione ai debitori precedenti, la cessione, alla quale furono estranei, non cambia la loro condizione giuridica; l'art. 260 regola i rapporti interni del girante verso il giratario e suoi aventi causa, ma non regola già i rapporti coi debitori precedenti, i quali restano sottoposti alle conseguenze cambiarie della girata, non ostante l'avvenuta cessione e la sostituzione di uno ad altro creditore.

A siffatta interpretazione dell'art. 260 appongono un suggello di maggior verità gli art. 318 e 319 c. comm., per cui il possessore di effetto cambiario dopo la scadenza è ammesso all'azione di regresso senza che il successivo art. 325 nell'enumerare i casi di decadenza da tale azione accennasse menomamente a quello della girata su cambiale già scaduta.

Nel caso concreto il tribunale non ha posto mente alla distinzione già fatta fra' due momenti anteriore e posteriore alla scadenza in rapporto alle diverse conseguenze della girata. Egli è vero che il girante, come fu detto, presta rigorosissima garantia di solvenza, laddove il cedente è responsabile soltanto della verità del credito ed è tenuto a prestare evizione nei modi stessi stabiliti dal codice civile nel contratto di compravendita; egli è vero altresì che il giratario non è soggetto alle eccezioni che concernono direttamente la persona del debitore e che invece il cessionario non può esimersi da quelle che gli si possono opporre *ex persona cedentis*. Se non che, ammesse pure queste differenze sostanziali nei rapporti fra il girante ed il giratario, rispetto all'art. 260, il tribunale errò nell'estendere gli effetti della civile cessione, *indossamentum in vim cessionis*, all'obbligato principale Clemente Zotti, il quale, per le ragioni innanzi esposte, non poteva sottrarsi all'azione esecutiva inerente al titolo cambiario, benchè girato posteriormente alla scadenza.

P. q. m., cassa, ecc.

b) — CORTI D'APPELLO.

MILANO, 26 marzo 1901 — *Pres.* Clerici — *Est.* Nicora = Fabbriceria della Chiesa prepositurale di S. Giov. Batt. in Busto Arsizio c. Tosi.

Le chiese parochiali, in quanto si considerino soltanto come stabili, fabbricati od edifizi, non sono a ritenersi cose fuori di commercio *a sensi e per gli effetti di cui all'art. 2120 c. c. epperò sui medesimi possono acquistarsi per prescrizione determinate servitù* (1).

L'antichissima Chiesa prepositurale di S. Giovanni Battista in Busto Arsizio era insignita un tempo di un Capitolo di canonici, il quale esercitava ivi pure le funzione parochiali: il Capitolo fu soppresso dalla Repubblica Cisalpina nel 1798, con legge del Messidoro, anno VI, con cui vennero avocati al Demanio pure tutti i suoi beni, lasciando parte di essi pel sostentamento del paroco preposto e qualche coadiutore. Fra quei beni incamerati era la canonica con le fabbriche annesse e appoggiantisi al coro e fianchi della Chiesa. Dessi furono venduti prima ad un Antonio De Magistris, quindi ad un Crespi, finchè furono mediatamente acquistati con rogito Moretti del 1884 dall'odierno convenuto Tosi Giuseppe.

Volendo la Fabbriceria della detta Chiesa parochiale liberare la stessa dalle fabbriche che vi si appoggiano, fabbriche che si risolvono in catapecchie e tettoie e locali su terreno di poco conto, avrebbe intavolato trattative col Tosi, ma per le sue pretese non ne fece nulla; e lo citò allora avanti a quel tribunale per sentirsi condannare ad abbatterle, autorizzata in difetto la Fabbriceria a provvedere essa, a rischio e pericolo del Tosi, accampando all'uopo che essendo la Chiesa ente fuori commercio non ammetteva a proprio carico servitù di sorta, e non era possibile parlare neppure di usucapione sia pure *longissimi temporis*.

Il tribunale colla sentenza 20 febb. 1900 accettava in parte la domanda attrice, e cioè quanto ad un muro appoggiato al fianco della Chiesa e che si unisce alla casa vicina del Tosi, e ciò perchè rilevava come al tempo del Capitolo e della soppressione lo spazio interclusovi era un piazzuolo o cortiletto aperto verso la via, che corre, come anche attualmente, lungo il fianco meridionale della Chiesa medesima, non avendo il tribunale ammesso alcuna usucapione in proposito appunto per la ragione suenunciata.

Appellò a questa Corte la Fabbriceria per non essersi accolte integralmente le proprie istanze, e incidentalmente il Tosi contro quell'accoglimento parziale; e discussa la causa all'udienza del 13 corrente mese, con-

(1) Sono note le molteplici controversie che si riconnettono al principio della commerciabilità od extra-commerciabilità delle chiese. Così fu giudicato che le chiese destinate all'esercizio del culto non sono soggette ad esecuzione forzata (A. Venezia, 3 marzo 1887, in *Filangieri*, 1887, 2, 269 colla nota e i richiami) — sono insuscettive da privata esclusiva proprietà fino a che non sia cessata la loro destinazione (Cass. Napoli, 12 gennaio 1888, Confraternita di S. Anna c. Congrega di S. Giuseppe, in *La Legge*, 1888, 2, 121) — incapaci di servitù e di prescrizione finchè rimangono aperte al pubblico culto (A. Genova, 17 dicembre 1895, in *Temi Gen.*, 1896, 20) — il che deve intendersi anche delle costruzioni, accessioni e superedificazioni alle medesime annesse (A. Genova, 30 dicembre 1893 Pautassi c. Mun. di Genova, *Giurista*, 1894, 109), ecc.

La sentenza 17 dicembre 1895 della Corte di Genova, contraria *in terminis* alla tesi oggi sostenuta dall'Appello milanese, osservava in principalità che le chiese, sino a che si mantiene la loro destinazione al pubblico esercizio del culto, sono beni d'uso pubblico e quindi fuori di commercio, come può indursi fra altro da ciò: 1.° che sono per legge dichiarate esenti dall'imposta reale sui fabbricati: 2.° che furono, per l'art. 18 del decreto legislativo 7 luglio 1866 n. 3036, eccettuate dalla devoluzione al demanio dello Stato e dalla conversione; 3.° che tanto nel cod. pen. sardo, come nel vigente, sono comminate pene speciali e più gravi dell'ordinario, a chi impedisca o turbi l'esercizio di funzioni religiose, ovvero danneggi, nei luoghi riservati al culto, monumenti, statue lapidi, dipinti od iscrizioni. Ed ammessa l'inalienabilità di tutte le cose destinate al pubblico uso, ne consegue che le medesime non possono essere gravate di alcuna servitù passiva a favore dei fondi vicini, imperocchè l'imposizione di servitù, tanto reali che personali, costituisce una diminuzione di proprietà ed un'alienazione parziale, ecc.

È questa la decisione più comune della pratica giurisprudenza. Nella dottrina, la questione è invece assai dibattuta. Stanno per la inalienabilità, salvo restrizioni da parte di taluno e salva la diversità del fondamento giuridico dell'inalienabilità stessa: GIORGI, *Dottr. delle pers. giur.*, I, 349. — GABBA, in *Foro it.*, 1890, I, 748. — RUFFINI, nella traduzione del FRIEDBURG, *Tratt. di dir. eccles.*, p. 751. — OLMO, *Riv. di dir. eccl.*, I, 143, ecc.

In senso contrario: SCADUTO, *Tratt. di dir. eccl.*, t. II, n. 291 segg., 2.ª ediz. — MORTARA, in *Foro it.*, 1888, 1, 1180 e in *Mon. Trib.*, 1890, 733. — DATTINO, in *Diritto e giur.*. 1892, 100. — GIRIODI. in *La Legge*, 1892, 1, 392. — SABBATINI, *Comm. alla legge sull'espropr.*, I, n. 12. — RATTO, *Commerciabilità ed espropriabilità delle chiese*. in *La Legge*, 1895, II, 572, il quale lascia però insoluta la questione per le chiese parochiali di proprietà comunale (p. 574), ecc.

cludevano le parti come in epigrafe della presente.

La odierna contestazione risolleva una ben grave disputa, quella sulla natura giuridica delle Chiese ossiano edifizi consacrati al culto, che da tanto tempo dibattuta nella dottrina e nel foro non si può dire ancora pacificamente risoluta.

La Corte però pei bisogni della causa non crede di ingolfarsi in troppe disquisizioni storiche e filosofiche, come si fece spesso, senza che le dotte e sottili o farraginose trattazioni abbiano fatto procedere gran che la questione.

Si disse che le Chiese non sono beni, ma cose non suscettibili di proprietà e possesso, siccome quelle che servono al divin culto, al più elevato degli usi pubblici, quale è il religioso. E sta bene per quanto riflette quest'alta destinazione; ma questa non toglie che anche la Chiesa sia un bene, se bene è tutto ciò che si desidera siccome utile e conveniente, e posseduto crea tranquillità a sè, e secondo la sua natura anche all'umano consorzio, o a quella parte di consorzio a cui è utile e conveniente. Ogni cosa adunque può diventare un bene in senso giuridico, cioè col diritto di goderlo e il dovere di lasciarlo godere, e quello di far sorgere rapporti giuridici a questo effetto.

Nell'ordine fisico l'aria e la luce per esempio sono cose eminentemente *nullius*, le quali sfuggono ad ogni coercizione e regolamento; eppure anch'esse possono diventare un bene in senso giuridico, quando per la situazione dei luoghi e per l'arte si possono far servire ad un maggiore e speciale utile proprio, ad uno speciale possesso; e vi ha infatti il diritto alla distanza, alla luce e prospetto, che sono poi in definitiva diritti ad avere luce ed aria. Il dominio su di questi è in verità indiretto, ma si estrinseca pur sempre su quei due elementi pur tanto liberi e sfuggevoli e fuori dell'umana apprensione, elementi, di cui la scienza però sa calcolare anche la quantità, che a seconda dei luoghi e della misura dei mezzi di riceverli, entra e serve a beneficio privato.

Nell'ordine morale il sentimento religioso, la fede, sono certamente di gran lunga più pregevoli, e sfuggono in tutto il significato della parola ad ogni possibilità di regolamento ed azione esterna; ma quando per soddisfare, insieme ai correligionari, al bisogno dell'estrinsecazione voluta dalla parte corporea dell'uomo, e quindi indispensabile ad un culto completo, quando si provvede al luogo ove riunirsi e tutti insieme adempiere ai doveri verso Iddio, anche la fede e il sentimento religioso dànno origine e vita ad un bene giuridico nel mezzo prescelto per la loro espressione, nel tempio. Il tempio diventa il bene oggetto; ma ogni oggetto vuole un soggetto, e come quella è un ente particolare, così questo, il quale in conseguenza sarà costituito da quella speciale accolta di fedeli, per cui il tempio fu eretto e serve. Esso però non è individualmente immutabile; può essere qua o là, grande o piccolo, sontuoso o modesto; come ente particolare, sensibile, materiale, è di questo mondo, ha bisogni proprî, ha quindi diritti e doveri esercitati dalla propria rappresentanza, la quale ha pertanto diritto di abbatterlo, di modificarlo, e di far tutto quanto può il proprietario di un bene. E anche conservandolo, non si capirebbe come non potrà utilizzarlo, sia pure deturpandolo, col lasciare che vi si applichino aggiunte, col permettere appoggi e simili. Il bene è dei fedeli, e per essi della loro rappresentanza; nessuno può loro impedire di goderlo in un modo piuttostochè in un altro; e sarà quistione al più dell'osservanza delle modalità prescritte dalle autorità competenti e di impetrarne il consenso.

Anche la Chiesa edificio adunque è un bene in commercio nel significato giuridico, per quanto in concreto la parola sia irriverente, un bene, che ha causa nel sentimento religioso e sua estrinsecazione. Unica limitazione è quella di rispettarne la destinazione, cosicchè sarà disponibile solo quando essa cessi, poichè l'incommerciabilità è in riguardo unicamente alla destinazione medesima, all'uso sacro. Questo è precisamente la cosa fuori commercio, non l'ente materiale adibitovi, poichè i principî del Cristianesimo non possono ammettere la concezione affatto grossolana delle Divinità dei Pagani, pei quali i Numi erano persone con pregi, e passioni e vizî eziandio, e come persone fisiche si ritenevano abitatori dei tempî. Materializzati i Numi, fatti i templi loro dimora, niun dubbio, che questi fossero sempre come proprietà reale loro una *res sacra*, all'infuori quindi di ogni possibilità di commercio.

Da queste premesse due conseguenze per le Chiese:

1.° Che l'incommerciabilità è tutt'affatto contingente, siccome quella che dipende dalla facoltà di far cessare a piacimento la destinazione e l'uso sacro; ed una eventualità ed una contingenza non possono mai essere fondamento di principî in via assoluta;

2.° Che conservato l'uso sacro e possibile il suo esercizio, tutto il resto del bene Chiesa può essere oggetto di scambio di rapporti e di diritti civili.

Tutto ciò stabilito, alla Corte non cale punto di soffermarsi a lungo a considerare se la proprietà delle Chiese debba regolarsi

sulle norme più rigorose del diritto canonico, o piuttosto su quelle del diritto francese, che ne sostiene la demanialità per l'uso pubblico a cui servono. La Corte a questo proposito afferma che in Italia la tradizione canonica deve prevalere, anzi adottarsi, poichè fino al secolo XIX vigeva la legge comune, che è noto essere costituita dal diritto romano, temperato dall'equità e azione potente del diritto canonico, con qualche influenza degli Statuti locali. È noto che passata la bufera della Rivoluzione e dell'èra napoleonica quella tradizione fu ripristinata in gran parte dalle codificazioni dei diversi Stati, e completamente negli Stati della Chiesa, che furono senza codice fino al settembre 1834, mentre per il codice Gregoriano il § 1 dichiarava: « che le leggi del diritto comune, moderate dal diritto canonico e costituzioni apostoliche continueranno ad essere la norma dei giudizi civili, ecc. ».

La legge comune però e la canonica non contraddicono, nè possono contraddire alle suesposte osservazioni e illazioni, siccome quelle che sono imposte dalla evidenza, e non urtano contro alcun postulato anche il più rigido; mentre poi sono confermate luminosamente dal fatto, essendo innumerevoli le chiese con fabbricati esternamente addossati, pure negli Stati pontificî e in Roma medesima, dove fino a ieri ebbe più stretta applicazione la legge comune e canonica, e Chiese eziandio di massima importanza, non escluse le cattedrali o basiliche illustri, fra cui per ricordarne una celebre, quella di S. Maria ad Martyres, ossia il Pantheon, liberata da poco tempo da fabbriche e case.

La Corte, comunque sia dell'applicazione dei principî della legge canonica o francese, ritiene che i sopra enunciati ragionamenti sono di un valore assorbente, e diremo pregiudiziale, e non lasciano altra lacuna per risolvere finalmente il fatto concreto, se non quella di sapere chi sia il rappresentante della comunione dei fedeli proprietaria della Chiesa. Non è dubbio che siano la diocesi e la parochia, in cui si aggruppano i fedeli stessi: e per limitarci a questa, dessa era un tempo rappresentata dalle persone o corpo ecclesiastico posto a capo di essa, avendone quindi l'esercizio del culto insieme e la rappresentanza. A queste persone o corpi venne quasi generalmente nell'Alta Italia, e dove imperarono le leggi del primo Napoleone, sostituita la Fabbriceria, cosidetta per essere la sua cura limitata alla fabbrica della Chiesa e ai suoi beni relativi.

In seguito alle premesse considerazioni ovvia e breve è la risoluzione del caso concreto.

Trattasi di appoggi operati dal Capitolo canonicale di Busto Arsizio esistito fino al 1798 come funzionante nella parochia e amministratore di essa e dei suoi beni; si tratta di appoggi che formarono parte della sua casa medesima o pertinenze della Chiesa; e se pure qualcuna non rimontasse fino allora, il che non è nè dimostrato nè asserito, rimonta certamente a tempo immemorabile. Sono fatti adunque compiuti o permessi dallo stesso proprietario sul proprio; ed esternamente, senza che l'uso sacro del tempio mai abbia cessato, o sia stato intralciato comecchessia. È strano e incivile pertanto pretendere ora di andare contro al fatto proprio, e senza ragione, poichè al fatto stesso nessuna legge osta, neppure canonica, dal momento che la non commercialità e l'immunità non può riguardare che l'uso sacro della Chiesa, e questo vi fu sempre e vi è.

La Fabbriceria odierna non può ribellarsi ai suoi predecessori, nè molestare chi da costoro, ossia dal Capitolo, e per esso dal Demanio ebbe acquistato onerosamente come erano e come sono i beni, acquisto legittimo e che devesi perciò rispettare in ogni sua parte; e ciò senza uopo di ricorrere a motivi di usucapione o prescrizione nè di diritto austriaco, nè di diritto patrio. Si tratta di proprietà perfetta, e non soltanto di sue modificazioni, come proprietà perfetta era quella della Chiesa o del Capitolo. È veramente strano che la Fabbriceria attrice, mentre e Chiese e Basiliche sono per ogni dove piene di fabbriche addossate e di appoggi, mentre, oltre quanto si ricordò di Roma, si stanno anche oggi isolando le Cattedrali di Modena, per esempio, e di Cremona, senza che a nessuno sia passato per la mente di farlo gratis, invocando pretesi originarî impedimenti di legge, ma si pensi piuttosto a raccogliere i mezzi per compensare gli aventi diritto, è strano, dicesi, che la sola Fabbriceria di Busto Arsizio abbia scoperto il come farne a meno. Ma impedimenti legali non vi furono e in ogni caso non si possono ammettere, non valendo neppure quello all'alinea dell'art. 556 c. c. poichè anzitutto il diritto contrario era già prima assodato, e in secondo luogo quivi si proibisce la comunione coatta col muro del vicino; mentre nella specie fu il proprietario dell'edificio sacro che la comunione volle, eseguì, e tramandò.

Quanto al concordato austriaco del 1855, citato dalla appellante al proprio intento, non giova affatto:

1.° perchè l'art. 15 di esso riguarda tutt'altra immunità di quella delle fabbriche, l'immunità cioè di sicurezza e di asilo;

2.° perchè se pure riguardasse eziandio le fabbriche ha salvato i diritti acquisiti, leg-

gendosi « in quantum ea quae justitia exigit fieri sinant »;

3.º perchè fu abolito in Lombardia colla legge 27 ott. 1860 n. 4381.

Applicando le cose sopra discorse alla specie, la sentenza del tribunale di Busto Arsizio, quantunque per altri motivi, regge in quanto non accolse le altre domande della Fabbriceria, e va riformata per quella accolta, cioè pel muro, di cui ordinò l'abbattimento, perchè pure il piazzuolo di allora non era senza appoggi, leggendosi infatti nella descrizione dei periti Pozzi e Bellotti del 4 messidoro anno VI ossia del 23 giugno 1798 « cortiletto al quale si va per uscio a due ante, ed in cui avvi ala di tetto a guisa di portichetto con sotto sedia comune ». Il muro adunque non sarebbe che una modificazione, che non cambia la natura sostanziale dell'appoggio; e in ogni modo non conoscendosi quando fu fabbricato, e ritenuta la pazienza immemorabile della fabbriceria per tale opera visibile e contraria alla propria pretesa, il diritto ormai è irrevocabile e ineccepibile, ripetendosi che in questa parte esterna della Chiesa non impediente l'uso sacro, i rapporti di diritto potevano sorgere e consolidarsi per usucapione e prescrizione a mente delle leggi austriaca e italiana, se pure in qualche parte non valesse quanto si è visto circa l'esistenza di un vero originario dominio.

—

MILANO. 26 febbraio 1901 — *Pres.* Clerici — *Est.* Piloni — Comune di Milano c. Dondena.

Non sono soggetti a dazio consumo i materiali di costruzione impiegati nel riedificare colle precise proporzioni e condizioni un edificio distrutto da un incendio ed esistente in una parte agglomerata aperta *di un Comune chiuso.*

Nel merito giova ricordare che mentre l'articolo 16 della legge 14 luglio 1898 dispone che i Comuni chiusi potranno sostituire ai dazi di entrata dei materiali da costruzione la riscossione del dazio sulla costruzione di edifici nuovi o anche per notevoli rifacimenti di edifizi già esistenti a costruzione ultimata e per la quantità da accertarsi mediante computo metrico, l'art. 8 della stessa legge sancisce « nelle parti agglomerate aperte dei Comuni chiusi il dazio di consumo potrà essere riscosso sui materiali impiegati nella costruzione di edifici nuovi a fabbrica ultimata e sulla quantità accertata mediante computo metrico ».

È evidente la differenza fatta dalla legge fra gli edifici dei Comuni chiusi e quelli nelle parti agglomerate aperte dei Comuni chiusi; pei primi il dazio è imposto non solo sui materiali impiegati nella costruzione di edifici nuovi, ma anche pei notevoli rifacimenti di edifici preesistenti; pei secondi soltanto su quelli impiegati per la costruzione di edifici nuovi.

Fu riportato dalle parti anche l'art. 10 del regol. comunale approvato dal Consiglio comunale nel 29 luglio e 22 agosto 1898 e dalla Giunta prov. amm. nel 24 agosto 1898 relativo appunto all'applicazione della tassa daziaria sui materiali impiegati nelle costruzioni nei modi previsti dai succitati art. 8 e 16 della legge 14 luglio 1898, il quale articolo suona così: Le precedenti disposizioni sono applicabili anche per la porzione del Comune posta al di fuori della linea daziaria. Ivi però la riscossione si opera soltanto sui fabbricati nuovi.... la valutazione si fa in ragione della cubatura dei fabbricati giusta la tariffa speciale per la porzione del Comune fuori cinta. Per fabbricati nuovi si intendono anche gli ingrandimenti ed aggiunte di locali ad edifici esistenti.

È fuori di questione che l'edifizio del signor Dondena di cui si tratta è fuori della cinta daziaria e quindi si trova in località alla quale si riferisce l'art. 8 e non l'articolo 16 della suddetta legge 14 luglio 1898 e l'art. 10 del regol. com.

Si accennò anche che questo regolamento è incostituzionale perchè aggiunse alla legge quando dichiarò che per fabbricati nuovi si intendono anche gli ingrandimenti ed aggiunte di locali ad edifizi esistenti; ma non è il caso di affrontare questa questione, perchè, comunque sia, nel caso concreto non si tratta nè di ingrandimento del fabbricato nè di aggiunta di locali. Il fabbricato incendiato, e cioè la stalla, è incontroverso fu ricostrutto dove e come preesisteva.

Tutta la questione dunque si concentra in ciò se, ritenuto applicabile l'art. 8 della legge suddetta, per cui nelle parti agglomerate aperte di Comuni chiusi il dazio consumo potrà essere riscosso sui materiali impiegati nella costruzione di *edifizi nuovi*, il lavoro eseguito per ridurre in pristino detta villa incendiata debba considerarsi la costruzione di un *edificio nuovo* oppure semplicemente un rifacimento, un riattamento sia pure notevole di un edificio preesistente.

E la risoluzione di questa questione non può essere diversa da quella nella quale venne il tribunale.

E difatti stando agli stessi rilievi fatti dall'ufficio tecnico comunale risulta che per quanto riguarda la stalla colpita dall'incendio erano completamente bruciati serramenti, tetto, impalcature, ma che rimaneva parte dei muri planimetrici ammalorati e piccola parte del legname grosso; se così è, e sic-

come l'attore Dondèna ha sempre sostenuto, e non fu dal Comune impugnato, che furono ripristinati circa m. q. 415 di tetto, m. q. 148 di soffitti, m. q. 20 di serramenti, e soli m. c. 16 di muro, e che il fabbricato venne riattato come il preesistente senza variazione nel numero e consistenza dei locali e senza nessun'altra opera impiegando parte del materiale preesistente di spoglio, e unica variante si fu che il soffitto prima di legname venne rifatto in *poutrelles*, è d'uopo conchiudere che non si tratta di un nuovo edificio ma veramente di un rifacimento di un edificio già esistente, il quale se poteva essere tassato ove si fosse trovato nel Comune chiuso non poteva essere colpito dal momento che l'edificio è nella parte aperta del Comune chiuso come prevede l'art. 8 della succitata legge.

Il ragionamento del Comune per cui esso sostiene che altro è conservare e riparare un fabbricato, altro è riedificare, cade qualora si rifletta al tenore degli accennati articoli di legge e al raffronto fra loro. Se l'articolo 16 parla di edifici nuovi e di rifacimento di edifici preesistenti, e l'art. 8 omette assolutamente i rifacimenti e contempla soltanto gli edifici nuovi, vuol dire che nelle località aperte dei Comuni chiusi vuole colpiti unicamente gli edifici nuovi e i rifacimenti sono assolutamente esclusi, e rifacimento di un edifizio non corrisponde a semplice costruzione e riparazione, ma sibbene a riedificazione.

Per tutto ciò la sentenza appellata va confermata.

—

MILANO (Sede di rinvio), 15 febbraio 1901 — *Pres.* ed *Est.* Clerici = Bargagliotti c. Chiassone.

***Il proprietario di un animale risponde dei danni dal medesimo arrecati, unicamente nel caso in cui tali danni siano imputabili a sua colpa* (1).**

Indubitabile e incontrastato è il fatto di essere stata la bambina Bargagliotti ferita alla guancia sinistra più probabilmente per morsicatura anzichè per colpi di zampe di un cane di proprietà di Giambattista Villa; d'averne avuto malattia per più mesi colla conseguenza di uno sfregio permanente. Ma per ritenere la responsabilità del proprietario del cane e l'obbligo suo e dei suoi successori al risarcimento dei danni, occorre che il medesimo sia in colpa poichè gli invocati art. 1152, 1153, 1154 c. c. posti come sono nella Sez. II del capo I, tit. IV, libro 3.° c. c. vigente, che tratta dei delitti o quasi delitti, che includono il concetto di colpa, sono pedissequi all'art. 1151 e coordinati alla disposizione del medesimo che espressamente la colpa esige perchè sussista l'obbligo di risarcimento del danno, e s'intende colpa civile che può consistere in semplice negligenza od imprudenza propria e dei dipendenti.

Per conoscere se vi fosse colpa nel Villa proprietario del cane è d'uopo esaminare tutte le circostanze e particolarità del fatto, quali risultano e dalle ammissioni delle parti e più specialmente dalla inchiesta testimoniale.

È accertato e nemmeno seriamente contraddetto che il cane che ferì la bambina stava sdraiato nell'andito che conduce all'abitazione del Villa; che fosse sulla soglia e colle zampe in fuori è circostanza affermata da qualche teste, smentita da altri; che quell'andito il quale, sebbene per speciale concessione servisse di passaggio ad altri due inquilini, formava come un'accessione all'abitazione del Villa stesso, che aveva facoltà di deporvi ceramiche e mobili artistici antichi e teneva chiuso di solito la porta d'accesso alla via, porta che nel giorno del fatto era accidentalmente aperta (testi Masuata, Lobeo ed altri); che quantunque più testi (Gandolfo, Garavento, Talleri) dicano che la madre della Bargagliotti aveva tutte le cure pei suoi figli e li custodiva, ciò che per altro è contraddetto da altri testi (Grosso, Ingiorni, Visai e Montaldo), è certo che la Emma Giuseppina nel giorno 7 gennaio 1898, lasciata girovagare da sola, entrò arbitrariamente e senza ragione qualsiasi nel detto andito della casa del Villa, dove si trovava il cane, che più testi e fra questi Boccalari Abelardo capo veterinario, il quale lo ebbe per qualche tempo in osservazione nel suo stabilimento dopo il fatto, affermano che non era di cattiva indole e mordace, ciò che non può essere contraddetto e posto in dubbio dal fatto isolato deposto da Franzone Carlo di essere stato un anno prima addentato ad una gamba dallo stesso cane, non conoscendosi come precisamente avvenne il fatto, ma la stessa circostanza da lui deposta che il cane lo addentò mentre egli entrava forse improvvisamente, ignaro del *cave canem*, nell'abitazione del Villa, può indurre nella persuasione che anzichè sfogo di mala indole quell'animale invece facesse nella occasione di cui trattasi ufficio di fedele e zelante guardiano.

Dal deposto dei testi Acerbi, Visai, Marsano e Conce risulta che la bambina tenendo un pezzo di pane in mano toccava e forse

(1) La sentenza 14 luglio 1900 della Cass. di Torino, resa in questa medesima causa, si legge nel *Filangieri*, 1900, 850, col richiamo.

molestava il cane, e cercò abbracciargli la testa e fu allora che infastidito la gettò a terra e le fu sopra ferendola alla guancia sia coi denti sia colle zampe.

Pertanto se non può addebitarsi al Villa o suoi dipendenti colpa alcuna se tenevano il cane in luogo in cui potevano tenerlo e cioè in un locale annesso alla abitazione, e lo tenevano senza museruola fors'anche perchè facesse guardia ed impedisse ad estranei di asportare oggetti che in quel locale si trovavano, seppure per la infantile incoscienza e spensieratezza non potrebbe dirsi in colpa la bambina se molestava il cane, è indubitabile che una trascuranza nel custodire e sorvegliare la bambina stessa è piuttosto attribuibile ai suoi genitori che la lasciarono vagar sola fuori della loro bottega od abitazione e le diedero così occasione di entrare, ripetesi, senza ragione alcuna, nell'audito della casa del Villa, che pur sapevano tenere un grosso cane, e toccarlo e molestarlo e di essere da questo offesa.

L'appellante vorrebbe indurre la colpa del Villa dal fatto dei suoi dipendenti pei quali deve rispondere (art. 1153 c. c.), e dice che i domestici del medesimo avrebbero dovuto tener chiuso il cane in una camera e non lasciarlo andare, senza museruola, nell'andito che di solito non era chiuso, ma poichè quell'andito, come già si disse, era una accessione dell'abitazione e pare anche, come già si disse, che solitamente chiuso, fosse stato aperto accidentalmente per dare accesso a persona che aveva suonato il campanello, non vedesi ragione perchè si dovesse impedire al cane di andarvi, tanto più che, come già si notò, poteva colà più che altrove esser utile come cane di guardia. La circostanza poi che quando avvenne il fatto stavano sotto il portico ciarlando alcune persone e fra queste qualche dipendente del Villa, nulla può influire per ritenere la responsabilità del medesimo, perchè desse non altro obbligo forse avevano che di porre attenzione che il cane non uscisse sulla via, non di sorvegliare ed ammonire la bambina, la presenza della quale probabilmente non avevano nemmeno avvertita prima che il cane la gettasse a terra.

Per le dette risultanze non può ammettersi che il cane non fosse custodito e sia da addebitarsi negligenza e responsabilità nel Villa pel danno arrecato alla bambina Bargagliotti.

Per tutto ciò questa Corte è indotta a convenire col tribunale di Genova nell'assoluzione del Villa e suoi eredi, nè può nemmeno ammettere che vi sia colpa reciproca e quindi divisione di responsabilità come opinò quella Corte d'appello nella sentenza stata cassata, in quantochè non può ravvisare nel Villa colpa e responsabilità qualsiansi.

TRANI, 9 febbraio 1901 — *Pres.* Nubila — *Est.* De Santi = Altieri c. Campanella e altri.

La moglie dell'inabilitato può fare da sola tutti gli atti di cui all'art. 134 c. c. (1).

Mentre nell'interesse della signora Coccia si propone appello incidentale dalla sentenza 20 marzo 1900 sostenendo di essere valido e non irrito e nullo l'atto del 17 febbralo 1899 e di doversi ordinare all'Altieri, in riforma di codesta sentenza, di non pagare le pigioni scadute e da scadere a Luigi Campanella, sì bene di depositarle in una pubblica cassa fino all'esito del giudizio di divisione fra i coeredi Campanella nel quale ella avrebbe diritto di prendere parte come creditrice delle De Meo, giusta le sentenze del 2 nov. 1886 e 22 dic. 1888 e giusta l'istrumento di mutuo del 15 maggio 1875, nell'interesse della medesima signora ed in quello del marito si deduce la nullità della sentenza appellata per la irrituale citazione di Giuseppe Campanella, che nel giudizio promosso dal fratello Luigi non poteva comparire senza l'assistenza del curatore.

Ora, se lo stesso Giuseppe Campanella insiste nel chiedere che si riconosca disposto il suo intervento unicamente per l'autorizzazione maritale, essendo estraneo al merito della contesa, a torto da lui e dalla moglie si pretende che fosse nulla la citazione a lui notificata a 4 ott. 1889 per non essersi chiamato a comparire anche il curatore. Indubbiamente l'atto di impedimento venne trasmesso allo Altieri dalla Coccia nell'esclusivo interesse di lei, per tutelare cioè i suoi asserti diritti creditori contro l'eredità della suocera, e quindi l'intervento di Giuseppe Campanella fu ordinato al solo fine dell'assistenza maritale per non risultare ai giudici ch'egli fosse inabile a stare in giudizio; ma una volta dimostrato che l'incapacità sua rimonta ad epoca anteriore al cennato libello, è strano l'assunto che occorresse la citazione del curatore, come se l'autorizzazione della moglie agli atti specificati nell'art. 134 c. c., conferita dalla legge al marito in omaggio alla qualità di capo della famiglia, potesse trasmettersi ad un estraneo, quale sarebbe il curatore del marito.

Vero è che l'art. 135, designando i casi nei quali l'autorizzazione del marito non è necessaria, indica l'interdizione di costui e non pure l'inabilitazione; ma ove si ponga mente che quest'articolo derogando al *ius singulare* usato dall'articolo precedente, ri-

(1) Cfr. Cass. Roma, 30 novembre 1897, in *Filangieri*, 1898, 38. Contra, A. Bologna, 1.º dicembre 1896 riferita in nota a pag. 445 del 1897.

chiama l'applicazione del principio generale sulla capacità ad obbligarsi stabilito dall'art. 323 dello stesso codice, apparirà manifesto che se la donna non ha uopo dell'autorizzazione del marito, allorquando costui si trovi interdetto, per identità di ragione non deve ricorrervi, allorquando il marito si trovi inabilitato.

L'inabilitazione si distingue dall'interdizione, oltrechè per gli effetti, per la forma più lieve dell'abituale infermità di mente che deve aver colpito chi vi fu sottoposto; ma in entrambi questi stati l'infermità permanente esiste, onde la persona non gode della pienezza di tutte le facoltà che insieme costituiscono la funzione complessa dell'umano intelletto. Epperò data nel marito la maggiore o minore deficienza di siffatte facoltà, in lui non può più vedersi il supremo moderatore della vita famigliare e conseguentemente non può pretendersi che la moglie faccia regolare i suoi atti da chi è incapace di provvedere ai propri. D'altronde la donna maritata deve fornirsi dell'autorizzazione maritale per gli atti indicati nell'art. 134 c. c., ossia per atti eccedenti la semplice amministrazione; ed agli atti appunto che eccèdono la semplice amministrazione anche l'inabilitato non può addivenire liberamente.

Nè giova allegare che ai termini dell'altro art. 315 la donna minore emancipata col matrimonio entri sotto la tutela o la curatela del tutore o del curatore del marito, se questi sia interdetto od inabilitato; poichè in tal caso anche lei non possiede la piena capacità di compiere qualunque atto della vita civile: la qual cosa non accade laddove la donna maritata sia maggiorenne, l'autorizzazione maritale richiedendosi allora non per difetto di capacità, sì bene per riguardo alla supremazia del marito nella famiglia. Ma tutta questa discussione si presenta superflua, ove si badi che la Coccia era tratta in giudizio non per alcuno degli atti designati dal ridetto art. 134, sì bene all'unico scopo di dare schiarimenti sul suo atto protestativo. Epperò nient'altro si richiede per ritenere che la citazione di Giuseppe Campanella fu cosa superflua e che l'eccezione di nullità della sentenza per la mancata citazione del curatore di lui debba respingersi.

—

MILANO, 28 dicembre 1900 — *Pres.* Clerici — *Est.* Piloni = Comuni di Olginate, Capriate e Gorlate c. Balugani.

1. *L'autorità giudiziaria è competente a conoscere dell'azione spiegata da un medico condotto contro un Comune per ottenere da questo l'adempimento degli obblighi del medesimo assunto per rispetto all'assicurazione a favore del medico, di una data pensione* (1).

2. *Qualora però nel contratto di assunzione il medico siasi obbligato ad associarsi ad una cassa pensioni ed il Comune a rifondergli le quote di associazione, non può il medico pretendere che il Comune gli assicuri in altro modo la pensione, se egli non ha provveduto ancora ad associarsi alla cassa nei modi fissati dal contratto* (2).

Il dottor Vittorio Balugani veniva nominato medico-chirurgo del Consorzio sanitario dei Comuni di Olginate, Capriate e Gorlate nel 1.° dic. 1889 sotto l'osservanza di un capitolato di cui l'art. 25 è concepito in questi termini: « Il medico-condotto sarà in obbligo di contribuire con un'annua quota ad una cassa pensioni, come quella fondata dall'associazione dei medici condotti, la tassa di entrata sarà a suo carico, l'annualità a lui dal Comune ».

Il dott. Balugani afferma che per quante insistenze avesse fatto, esso non aveva potuto mai tradurre in fatto il detto articolo e che i detti Comuni si ponessero d'accordo nell'effettuarlo; che le sue ricerche per conoscere le condizioni di pensione offerte dall'associazione dei medici condotti riuscirono infruttuose; che il Consorzio aveva con deliberazione 25 marzo 1893 deliberato, salvo le approvazioni dei singoli Consigli comunali, di assicurargli una pensione di L. 1500 dopo 25 anni ed una di L. 3000 dopo 35 anni di servizio; ma tale deliberazione non fu approvata.

Il dott. Balugani ricorse in via amministrativa, ma nulla potè ottenere.

E quindi con citazione 28 genn. 1900 esso convenne avanti al trib. di Lecco il Consorzio e i tre Comuni succitati chiedendo giudicarsi: Dovere i detti Comuni in solido e quindi il loro Consorzio sanitario garantire ad esso dott. Balugani una pensione di lire 1200 annue colle modalità accessorie a partire dal 1.° dic. 1889; condannati il Consorzio e i Comuni a versare all'istituto da determinarsi dal tribunale una somma annua per l'avvenire, e la somma totale degli arretrati corrispondenti dal 1.° dic. 1899, in modo che esso possa pretendere dal detto istituto dopo un periodo conveniente la pensione annua di L. 1200 o quella diversa da

(1-2) Riguardo alla competenza giudiziaria nelle controversie relative al contratto di condotta medica, cfr. da ultimo Trib. Milano, 21 novembre 1900, in questo *Filangieri*, 1901, 224; A. Milano, 3 luglio 1900, *Ib.*, 1900, 862, col richiamo. — Sul merito, concordiamo pienamente nella decisione che è, a nostro avviso, correttissima e motivata in modo esauriente.

fissarsi dal tribunale. L'attore dott. Balugani avanti al tribunale di Lecco insistette in dette conclusioni, proponendo in via subordinata una perizia per determinare quale pensione gli spettasse, quali le modalità, tenuto conto delle condizioni di servizio, dell'uso e consuetudini in tema di pensioni.

Le parti convenute opposero l'eccezione di incompetenza per materia, in merito dissero infondate le domande e conchiusero per la loro assoluzione.

Il tribunale, con sentenza 15 giugno 1900, ammise la instata perizia.

Da tale sentenza appellarono i Comuni ed il Consorzio sanitario succitati.

L'eccezione di incompetenza per materia non regge, ed a ragione il tribunale l'ha respinta.

E difatti gli stessi Comuni appellanti non negano, e non possono negarlo, perchè questo è un principio sancito dalla legge (art. 4 legge 20 marzo 1865 sul Contenz. Ammin.), che una questione che si agiti intorno ad un diritto civile o politico debba andar decisa dall'autorità giudiziaria sebbene vi sia interessata una pubblica Amministrazione e sebbene la questione involga l'esame di atti amministrativi. Essi appellanti però sostengono che nel caso concreto il dott. Balugani, lungi dal domandare la ricognizione ed esecuzione di un diritto già per lui fondato nella legge o nel contratto, si fa invece a chiedere gli si accordi un diritto che dovrebbe essere a di lui favore sancito mentre non lo è dalla legge o da una regolare convenzione.

Questo ragionamento degli appellanti non vale a sorreggere la loro eccezione, poichè dato che per determinare, agli effetti della competenza, la vera ed intrinseca natura di un'azione, si debba aver riguardo non soltanto all'oggetto della domanda, ma anche ai motivi, al titolo per cui la domanda si fonda, in altre parole alla *causa petendi* ed al *petitum*; dato che nel caso concreto l'oggetto della domanda proposta dal dott. Balugani è quello di ottenere dai Comuni consorziati che gli venga garantita una pensione annua nella misura e colle modalità indicate, e che esso appoggia tale domanda al capitolato, e cioè alla convenzione intervenuta fra esso e i Comuni consorziati all'atto della di lui nomina a medico del Consorzio, ne consegue che si versa nel campo di una azione e di una questione propriamente di diritto civile, e precisamente di un'azione *ex contractu*, in cui tutta l'indagine deve esplicarsi sull'interpretazione del contratto che è controverso per vedere se sussista il preteso diritto vantato dal dott. Balugani.

Il dire poi, come fanno gli appellanti, che in questo caso il dott. Balugani, lungi dal domandare la ricognizione od esecuzione di un diritto fondato in legge o nel contratto, si fa invece a chiedere che il giudice gli accordi un diritto che dovrebbe essere a di lui favore sancito, mentre non lo è, dalla legge o dal contratto, è un voler decisa la questione di competenza con argomenti che riflettono direttamente il merito; mentre dovrà essere riservato a questo di stabilire se il diritto preteso dall'attore sia nella legge o nel contratto fondato, intanto basta per ritenere la competenza dell'autorità giudiziaria aver presente che l'attore propose come oggetto di sua domanda la ricognizione di un diritto il quale secondo il di lui assunto troverebbe il suo fondamento ed il suo titolo nel contratto, e in un modo di interpretazione da esso avanzato.

Ciò caratterizza l'indole dell'azione essenzialmente civile, e viene ad escludere ogni dubbio che si versi nel campo di una questione amministrativa, per cui l'eccezione di incompetenza bene fu dal tribunale respinta.

Nel merito, prescindendo dal maggiore o minore fondamento della eccezione opposta dai Comuni, per cui questi sostengono che l'art. 25 del capitolato conterrebbe un patto nullo, perchè importando una spesa vincolante il bilancio oltre cinque anni, non sarebbe stato sottoposto all'approvazione della Giunta prov. amm. a sensi dell'art. 194 n. 4 della legge com. e prov., mentre a sostegno dell'eccezione può addursi che l'eccedenza dell'impegno oltre i cinque anni è portata dalla natura stessa del titolo, per cui si chiede il versamento e per lo scopo di pensione, e invece a ribattere l'eccezione stessa sta l'argomento che a norma del capitolato (art. 29) la durata della capitolazione medica è di tre anni, salvo ulteriori deliberazioni per la conferma di triennio in triennio, per cui anche l'impegno di versamento della quota per la pensione contemplata dall'articolo 25 poteva ritenersi limitato al triennio; prescindendo, dicesi, dalla suddetta eccezione sulla pretesa nullità del patto 25 per la mancata approvazione dell'autorità tutoria, ritiene la Corte che l'azione spiegata dal dott. Balugani debba in merito respingersi ove si voglia spassionatamente interpretare il tenore del patto stesso.

E difatti si rammenti che il detto patto 25.° suona così: « Il medico sarà in obbligo di contribuire un'annua quota ad una cassa-pensioni come quella fondata dall'associazione dei medici condotti. La tassa di entrata sarà a suo carico, l'annualità a lui dal Comune ».

È certo, e lo riconoscono entrambe le parti, che la redazione dell'articolo è tutt'altro che felice, ma sembra però che le parti stesse siano d'accordo, e in ogni caso ritiene la

Corte che quell'articolo deve interpretarsi nel senso che il medico avrebbe dovuto associarsi ad una cassa-pensioni, e contribuire perciò con un'annua quota, che esso avrebbe dovuto pagare del proprio la tassa di entrata e versare anche l'annualità, salvo di ripetere la rifusione di questa dai Comuni consorziati.

Dunque ammesso pure col tribunale che costituendo la pensione un vantaggio unicamente per chi la riceve ed un onere per chi la deve corrispondere ed assicurare, è certo però che col detto patto 25.° si stipulavano diritti ed obblighi reciproci del medico e dei Comuni, è certo altresì che l'obbligo di questi al quale non avrebbero potuto sottrarsi aveva una estensione ed una portata limitata, perchè non vero che il Consorzio dei Comuni assumesse l'obbligo di assicurare la pensione al medico colle modalità indicate nell'articolo, era invece il medico che assumeva l'obbligo di assicurarsela contribuendo ad una cassa-pensioni una annualità e pagando una tassa di entrata, salvo il diritto a ripetere la rifusione dell'annualità dal Consorzio dei Comuni.

Ed è appunto a questa rifusione che era ristretto e limitato l'obbligo di detto Consorzio e nulla più. È evidente quindi come l'azione spiegata dal dott. Balugani con cui chiedeva dovesse il Consorzio e i Comuni in solido garantirgli una pensione di L. 1200 colle modalità necessarie, e dovere essi Consorzio e Comuni versare ad un istituto una somma annua per l'avvenire e la somma totale degli arretrati, ecc., è infondata, siccome quella che non trova alcuna base giuridica nel detto patto 25.° del capitolato.

Il dott. Balugani, in base al detto patto, voltacchè si fosse associato ad una cassa-pensioni, avesse perciò pagata la tassa di entrata e versata la quota di annualità, avrebbe potuto per avventura procedere contro il Consorzio per la rifusione di questa, ma la pretesa che il Consorzio direttamente gli assicuri una pensione e versi la quota di annualità ad una cassa, è affatto inammissibile.

Nè il riferimento fatto dall'appellato dottor Balugani agli art. 1131, 1132 c. c. può avere influenza a condurre ad una decisione contraria, poichè per quanto si voglia in detto patto indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, anzichè stare al senso letterale delle parole come prescrive il primo dei detti articoli, egli è certo che, pur stando all'intenzione delle parti, l'interpretazione da darsi al detto patto non può essere diversa da quella suindicata. Quanto poi all'art. 1132 che prevede il caso che una clausola ammetta due sensi, nel qual caso deve essere interpretata in modo che abbia effetto, tale articolo non può aver applicazione nel concreto, perchè per quanto il patto di cui si discute sia stato, come si disse, infelicemente redatto, esso però non ammetteva alcuna duplicità di senso. In quanto poi il dott. Balugani abbia accennato ai detti articoli del codice civile e specialmente al secondo, nonchè all'art. 1117, il quale si riferisce all'oggetto di un contratto che deve essere determinato nella sua specie per sciogliere quella che esso chiama seconda questione, e cioè quale pensione gli spetti e con quali modalità, è evidente che una volta ritenuto che l'azione nella sua essenza quale fu spiegata da esso dott. Balugani contro il Consorzio è infondata, è inutile versare in questa sede e in contesto del Consorzio sul *quantum* della pensione e sulle sue modalità; inutile quindi la perizia ammessa dal tribunale a tale effetto.

Quindi mentre l'eccezione d'incompetenza va respinta, ritiene la Corte che nel merito la sentenza appellata vada riformata nel senso di dichiarare senz' altro assolti i Comuni appellanti dalle domande dell'attore.

P. q. m., ecc.

—

CATANIA, 17 dicembre 1900 — *Pres.* Palummo — *Est.* Gilles = Agosta c. Banco di Sicilia.

La girata d'una cambiale importa cessione al giratario anche della relativa garanzia ipotecaria, sebbene questa non risulti dal titolo (1).

Non ostante vi sia stata divergenza in proposito nella dottrina, è da ritenersi che colla girata si trasferisce anche l'ipoteca che fu data a garanzia della cambiale che si gira. Nè vale il dire che essendo la cambiale un'obbligazione essenzialmente formale, dovrebbe per trasferirsi l'ipoteca essere indicata nella cambiale stessa, perchè la garanzia ipotecaria non è condizione ed elemento essenziale della cambiale e quindi non occorre sia nella medesima contenuta.

D'altra parte la locuzione dell'art. 256 c. comm., per il quale la girata trasferisce la proprietà della cambiale con tutti i diritti a questa inerenti, non permette di dubitare che quando una cambiale è garantita ipotecariamente, la girata trasferisce anche questa garanzia.

Ove si ritenesse il contrario ne verrebbe la conseguenza assurda che la girata colla clausola *non all'ordine* o di una cambiale già

(1) In senso contrario, da ultimo, A. Ancona, 4 febbraio 1899 in questo *Filangieri*, 1900, 388, colla nota.

scaduta, avendo per legge valore di una cessione, sarebbe più efficace di una girata perfetta e fatta anteriormente alla scadenza, in quanto la prima come cessione trasferirebbe l'ipoteca che la girata vera e regolare non potrebbe trasferire. Non occorre poi che della cessione dell'ipoteca sia fatta annotazione nei registri, poichè per l'art. 1994 c. c. questa annotazione è facoltativa e non obbligatoria.

—

TORINO (sede di rinvio), 2 novembre 1900 — *Pres.* ed *Est.* **Lago** = **Chiesa Missionaria Metodista di New-York c. Vercelli.**

1. *Non può un ente morale straniero essere ammesso al godimento dei diritti civili nello Stato se non abbia ottenuto il riconoscimento giuridico, che può anche essere* implicito (1).

2. *Detto riconoscimento implicito ben può risultare da un decreto reale il quale, a norma dell'art. 1.° legge 5 giugno 1850 sugli acquisti dei corpi morali, abbia autorizzato l'ente straniero ad accettare un legato* (2).

3. *Le disposizioni delle leggi eversive non sono applicabili che agli enti del culto cattolico.*

Per gli intervenuti giudicati, come per il non dissenso delle parti, è ormai stabilito che il legato di cui si tratta fu disposto a favore non del William Burt in proprio, ma a favore di lui quale anziano presidente e legale rappresentante della Società Missionaria della Chiesa Metodista episcopale di New York.

E del pari non è più in questione, dopo le citate sentenze, che la predetta Società Missionaria legalmente riconosciuta nello Stato di New York aveva bisogno di essere riconosciuta anche in Italia.

Ciò posto la Società Missionaria, a prova del suo riconoscimento in Italia, oltre a diversi consimili reali decreti, ha invocato il r. d. 30 sett. 1896 sostenendo che con esso sia stata essa implicitamente riconosciuta in Italia.

Questo decreto contenendo l'autorizzazione della Società stessa ad accettare il legato Giovine, contiene, a giudizio della Corte, un valido ed efficace riconoscimento legale della Società stessa in Italia. E per verità, non esistendo nel Regno una legge la quale regoli la costituzione e il riconoscimento dei corpi morali, salvo per quanto riguarda le Opere pie, e che stabilisca il modo e la forma del riconoscimento, è luogo a ritenere che tale riconoscimento sia stato dal potere sovrano acconsentito qualunque sia stata la forma e la locuzione usata, sempre quando un provvedimento da esso emanato importi virtualmente e necessariamente il riconoscimento medesimo: perciò nella specie risultando che col citato R. D. a norma della legge sugli acquisti dei corpi morali si autorizzò la Società Missionaria suindicata ad accettare il legato Giovine, si deve necessariamente ritenere che la stessa Società sia stata legalmente riconosciuta nello Stato. Se altrimenti fosse a che servirebbe praticamente quel decreto reale?

La contraddizione non consente che il potere sovrano conceda il benefizio di acquistare e possedere nello Stato a un ente che esso non riconosce o che non esiste giuridicamente nel Regno.

Deve dunque concludersi che la mentovata Società estera fu legalmente riconosciuta in Italia e autorizzata ad accettare il legato di L. 7000 fattole dal Carlo Giovine e che ha perciò veste ed azione a chiederne il pagamento agli eredi del Giovine medesimo.

Senonchè oppongono questi trattarsi di legato fatto a società religiosa per scopo di culto, e quindi nullo, perchè in contrasto colle leggi eversive ecclesiastiche ed alle relative disposizioni proibitive del codice civile vigente.

È facile dimostrare che tale eccezione non è fondata, perchè, senza indagare quale siano state le ragioni di questa ineguaglianza di trattamento, è risaputo che le leggi eversive, come il disposto dell'art. 833 c. c., riguardano il solo culto cattolico.

Ciò si desume dal tema della legge e dalle discussioni parlamentari che in proposito hanno avuto luogo. Ora nel concreto si tratta di società religiosa acattolica e per tali società mancando, come si è detto, ogni norma legislativa che ne disciplini l'esistenza in Italia, devono loro applicarsi le norme generali in tema di enti morali stranieri che chiedono di essere riconosciuti e di acquistare e possedere nel Regno, e possono dal potere competente essere autorizzati ad acquistare e possedere anche a scopo di culto.

Del resto mancherebbero pur sempre gli estremi che caratterizzano gli enti ecclesiastici soppressi e quelli di cui è vietata la creazione.

Non è di fatti oggetto di culto la creazione di una scuola, per quanto la Società Missionaria si prefigga di farvi insegnare a modo suo i principî del Vangelo. E manca altresì la creazione dell'ente autonomo, avendosi invece un legato modale a società preesi-

(1-2) La sentenza 15 gennaio 1900 della Cass. di Torino, resa in questa medesima causa, si legge in *Filangieri*, 1900, 279. — V. ivi i richiami di dottrina e di giurisprudenza sull'argomento.

stente di fatto legalmente riconosciuta e già autorizzata ad acquistare e possedere.

P. q. m., in riparazione parziale della sentenza del trib. d'Asti, ecc.

—

BOLOGNA, 4 maggio 1900 — *Pres.* Petrilli — *Est.* Palladino = Min. dei LL. PP. c. Malpassi.

1. *È competente l'autorità giudiziaria a pronunziare sull'azione promossa contro la pubblica amministrazione per farla dichiarare responsabile dei danni derivati alle persone dei cittadini transitanti per le strade pubbliche in conseguenza della cattiva costruzione o conservazione di dette strade* (1).

2. *Caso in cui fu ritenuta la responsabilità* (2).

Dal Ministero appellante si contesta la competenza dell'autorità giudiziaria nella causa promossa dalla Malpassi, perchè non vi si fa questione di un diritto civile, non potendo riconoscersi a favore di coloro che transitano per le strade nazionali che semplicemente un interesse per la buona costruzione e manutenzione delle medesime. Nell'azione proposta dalla Malpassi, prosegue l'appellante, la *causa petendi* non è un titolo giuridico che possa reclamare l'assistenza dell'autorità giudiziaria.

I primi giudici tennero conto di questa distinzione importantissima nel tema della responsabilità civile della pubblica Amministrazione, non ripudiarono quello che è un insegnamento costante, cioè che un interesse, non provvisto di azione che lo garantisca, non può essere base legale di una ripetizione di danni: bene definirono la natura delle esigenze dei cittadini relativamente alle strade nazionali per cui passano, ed a cui accedono, nel senso che nei riguardi della più conveniente viabilità, e quindi del tracciato più o meno regolare, della manutenzione più o meno accurata costituiscono un interesse, un uso più comodo, un'utilità *sine iure*, ma con esattezza rilevarono che la tutela della integrità personale, che l'incolumità fisica dei transitanti, dà vita a loro favore a diritti, a cui corrisponde nel caso d'infrazione l'*ius persequendi in iudicio*.

Il fondamento legale dell'azione della Malpassi per reclamo d'indennizzo non è la viziata costruzione o la trascurata manutenzione della strada nazionale Venturina-Pracchia, ma la *causa petendi* è la disgraziata morte del figlio Giulio Calori, la lesione derivata all'integrità fisica di un cittadino, che è altra fra le più importanti finalità dell'Amministrazione stessa, nella sua funzione di governo. Ora seguendo gl'insegnamenti della Corte Suprema romana, e confrontando l'obbietto finale della domanda spiegata dalla Malpassi, il risarcimento del danno, colla causa di tale domanda, la morte del di lei figlio, si deve riconoscere che si versa nel campo d'un vero diritto civile, che deve dall'opera del magistrato essere reintegrato e difeso, a norma dell'art. 2 della legge 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo.

Non vale obiettare che la Malpassi designa come causa determinante della morte deplorata del Giulio Calori la difettosa costruzione della strada su nominata in località esposta ai pericoli derivanti dalla conformazione naturale e dalla costituzione della roccia soprastante, e la mancanza di ripari atti a scongiurarli, sicchè essa vuol trarre il magistrato a spiegare un ufficio che non è il suo, e che costituirebbe un controllo sull'operato dell'autorità amministrativa. Ma è facile osservare che siffatto modo d'argomentare conduce a sopprimere in via assoluta ogni esperimento di un'azione di danni contro la pubblica Amministrazione, che abbia base nella colpa aquiliana, poichè in fondo ogni richiesta di danni derivanti da fatto colposo implica esame dell'operato da cui scaturisce la responsabilità. Come notò autorevolmente la Cassazione di Roma nella sua decisione 18 dicembre 1877, l'indagine per la ricerca del danno non tende nè al biasimo nè alla lode dell'Amministrazione, ma tende solo a stabilire il fatto, se da quell'opera com'è, ne è venuto il danno. L'autorità giudiziaria rimane nei limiti dell'ufficio suo se ricerca gli effetti dannosi di quello che la pubblica Amministrazione ha fatto o non ha fatto e la discrezionalità dei poteri della pubblica Amministrazione non viene ristretta. Libera di agire o non agire, di usare diligenza o negligenza, ciò non toglie che la sua inazione o negligenza possono recare lesione al diritto del privato in condizioni e circostanze estranee alla sfera di quei poteri. Ciò emerge dall'art. 4 della citata legge sul contenzioso amministrativo, ed allora la competenza dell'autorità giudiziaria non può essere contestata, e il giudicato dei tribunali riesce puramente alla difesa del diritto.

L'azione della Malpassi implica l'offesa di un diritto, e da quest'offesa nasce un'azione giuridica per la reintegrazione dello stesso nelle vie civili mediante l'emenda del danno risentito.

I primi giudici ben dissero perciò che non si trattava nella specie dell'interesse dei

(1-2) Cons. in arg. Cass. Roma, 22 maggio 1890; 21 luglio 1898; 30 novembre 1897; 13 dicembre 1892; 12 luglio 1891 in *Filangieri*, 1900, 597; 1899, 209; 1898, 288; 1893, 2, 513; 1892, 2, 9.

viandanti ad aver un tracciato od a pretendere una manutenzione per cui la strada nazionale meglio rispondesse per comodità o brevità ai loro bisogni, ma di un interesse maggiore, di un vero diritto quale è la sicurezza e l'integrità personale di quelli che sono costretti a percorrere la strada nazionale nell'epoca dei disgeli, ond'è che per le lesioni di tale diritto, dipendenti dalla strada mal costruita, mal tracciata e male mantenuta, l'azione dell'autorità giudiziaria è bene invocata. Si rientra così nei principî generali dominanti nelle istanze per risarcimento di danni attribuibili a fatto colposo, la cui applicazione non può trovare ostacolo nelle disposizioni della legge speciale sui lavori pubblici, se la domanda è rivolta contro la pubblica Amministrazione per la imprudenza, negligenza od imperizia adoperata dai suoi agenti nella costruzione o nella manutenzione di una strada nazionale, da cui derivò la morte di un cittadino.

La irresponsabilità civile della pubblica Amministrazione negli atti e provvedimenti emanati *iure imperii*, tra i quali bisogna annoverare la costruzione e la manutenzione delle strade nazionali, fornisce altro argomento al Ministero appellante per negare all'autorità giudiziaria la competenza giurisdizionale sulla domanda Malpassi. Ma anche su ciò conviene la Corte che i primi giudici bene avvisarono nel distinguere il doppio oggetto della personalità della pubblica Amministrazione, personalità politica, ente governo, e personalità giuridica, e nell'affermare che l'irresponsabilità civile riguarda l'ente governo per tutti i provvedimenti di vario genere emanati nell'interesse dell'universalità, e non permane nello stadio esecutivo dei provvedimenti stessi, quando s'incontra nei diritti dei privati. L'ente governo, moderatore della universalità, tutore dell'ordine e amministratore della cosa pubblica, è pienamente sottratto alla giurisdizione ordinaria, ma quale persona giuridica vi è pienamente soggetto, ed è in tale aspetto e con tale figura che opera quando i provvedimenti od atti d'impero entrano nella pratica esecuzione, e possono determinare una complicazione di rapporti coi privati che cadono nella sfera della legge civile ed eccitano nell'eventualità di conflitto l'azione dell'autorità giudiziaria. In questi sensi si è affermata la più recente dottrina sull'argomento.

Per le esposte considerazioni la sentenza impugnata, in quanto proclamò la competenza dell'autorità giudiziaria sull'istanza della Malpassi, merita di essere confermata e l'appello respinto.

P. q. m., conferma, ecc.

—

c) — TRIBUNALI.

GENOVA, 10 febbraio 1900 — *Pres.* Perroni — *Est.* Cereti = Ferrando c. Tubino.

1. *È a ritenersi* necessario *il deposito nel camerino d'uno stabilimento di bagni*:

a) *dei propri indumenti personali;*

b) *di uno scontrino ricevuto dal proprietario dello stabilimento per ritirare oggetti depositati presso di lui;*

c) *dei bottoni d'oro applicati alla camicia* (1).

2. *Conseguentemente il proprietario dello stabilimento deve rispondere del furto di tali effetti nonchè di quelli che il ladro si procurò presentandogli lo scontrino rubato* (2).

Con libello 3 agosto 1897 il signor Tito Tubino citava l'ora defunto G. B. Ferrando dinnanzi al pretore del I Mand. di Genova ed esponeva:

« Che un giorno dell'allora passato luglio egli si recava, come di consueto, a prendere un bagno nello stabilimento balneario *Roma* a Sampierdarena, condotto, a quanto allora supponeva, dal Ferrando.

« Che, com'era parimenti suo costume, egli depositava presso il banco tutti gli oggetti di valore che soleva portare seco, e cioè un portafoglio contenente circa L. 300, una catena ed un orologio d'oro, una matita ed alcune medaglie d'oro, una catena in argento ed un temperino. Contemporaneamente ritirava dal banco uno scontrino.

« Che, terminato il bagno, ritornando nella sua cabina, si accorgeva che, durante la sua assenza, gli era stato sottratto un fornimento di bottoni della camicia, una spilla parimenti d'oro infissa nella cravatta e lo scontrino del fatto deposito: che si recava tosto al banco per ritirare gli oggetti depositativi, ma trovava che questi erano già stati ritirati ».

Ciò esposto, chiedeva condannarsi il G. B. Ferrando a pagargli il valore di detti oggetti, sottrattigli nella somma di L. 1200. Comparso il Ferrando eccepiva che non egli, ma sua moglie Ida era proprietaria dello stabilimento: ed allora il Tubino citava anche l'Ida Ferrando e ad entrambi deduceva vari capi di interrogatorio a suffragio della sua domanda. Ammessi questi con sentenza, i Ferrando rispondevano in senso ne-

(1-2) Riguardo all'estensione della responsabilità dagli albergatori e vetturini agli esercenti stabilimenti di bagni ed alle condizioni della responsabilità stessa, si vegga la pregevolissima monografia del GIANTURCO, in *Enciclopedia giuridica*. v. *Albergatori, alberghi*, p. 1039 segg.

gativo, e l'attore convertiva i capi di interpello in articoli di prova testimoniale.

I convenuti vi si opponevano, ma in subordine facevano a loro volta una controdeduzione. Il pretore ammetteva la prova, esperita la quale, pronunciava sentenza, con cui assolto il G. B. Ferrando dall'osservanza del giudizio, condannava l'Ida Ferrando a rifondere al Tubino Tito il valore degli oggetti sottrattigli e da esso depositati al banco, e per determinare tale valore deferiva al Tubino un capo di giuramento fissando il massimo di tale valore in L. 950.

Da tale sentenza appellava l'Ida Ferrando; ne appellava in via incidentale anche il Tubino, in quanto gli era stata negata ogni indennità per il furto degli oggetti da lui lasciati nella cabina.

Per la eseguita inchiesta è ormai stabilito, e del resto è ammesso dalle parti, che il sig. Tubino, entrando nello stabilimento balneare della Ferrando, depositò al banco gli oggetti di valore che portava sulla persona ad eccezione della spilla e dei bottoni della camicia, ritirandone il solito scontrino che suole rilasciarsi appunto come titolo e prova del fatto deposito: che mentre egli stava bagnandosi, un ignoto penetrato nella sua cabina si impossessò, insieme colla spilla e coi bottoni d'oro, anche dello scontrino e con questo alla mano presentatosi al banco ottenne senza contrasti la consegna del deposito fatt. vi dal Tubino e se li esportò.

Tale essendo i fatti, ognun vede che se la responsabilità della Ferrando volesse dedursi dal semplice fatto di aver ella o chi per lei consegnato il deposito ad un terzo quantunque sulla sola fede dello scontrino che questi le presentava, senza prima essersi accertata se quegli ne fosse il proprietario o fosse invece, come era veramente, il ladro, necessariamente si andrebbe ad urtare contro difficoltà ed obbiezioni forse insuperabili.

Lo *scontrino*, che suolsi consegnare a chi fa un deposito qualunque all'ingresso degli stabilimenti balneari, come dei teatri e simili, viene rilasciato appunto per far fede del fatto deposito, e per avvertire il deponente che chiunque si presenterà con tale contrassegno alla mano sia egli o non sia il proprietario, otterrà, senz'altro, la consegna del deposito; in altri termini esso serve a prevenire chiunque faccia il deposito che l'esercente dello stabilimento conosce lo scontrino, non conosce il deponente. Sicchè chiunque sarà per essere il presentatore dello scontrino, esso sarà reputato come quel terzo indicato a ricevere la cosa depositata, del quale è cenno nell'art. 1853 c. c.

È la necessità stessa delle cose che così vuole ed esige, poichè chi pretendesse che il tenitore di un luogo di bagni avesse a conoscère personalmente tutti i suoi avventori, e malgrado il rilascio dello scontrino non possa e non debba restituire ad altri fuorchè a lui solo il deposito, esigerebbe l'impossibile, l'assurdo, come l'esigerebbe chi pretendesse che il guardaroba di un teatro o di altro luogo di spettacoli, anche nelle occasioni di massima affluenza, dovesse conoscere uno ad uno tutti gli spettatori ed assicurarsi di non restituire quelli oggetti che essi sogliono depositare all'ingresso, se non ai singoli legittimi proprietari.

Ma non è questa certamente la specie di colpa che alla Ferrando si apponga.

Ricevuto lo scontrino, il Tubino aveva la necessità di portarlo seco nella cabina e lasciarlo entro le tasche del suo abito, mentre faceva il bagno. Basta riflettere che lo scontrino era fatto di cartoncino, come dissero parecchi testimoni sentiti nell'interesse della stessa convenuta, per comprendere subito che esso non era destinato a seguire il suo portatore nel bagno. E non si obbietti che il bagnante, se vuole premunirsi contro ogni eventualità di danno, può provvedersi di una di quelle borsette impermeabili che varrebbero a chiudere ed a preservare quel cartoncino anche dal contatto dell'acqua, poichè nè ciò consta sia nell'uso comune, anzi potrebbe senz'altro escludersi, nè in ogni caso al bagnante, bensì al padrone dello stabilimento spetterebbe la cura di provvedere codesta borsetta, se è il depositario, non il deponente quegli cui spetta provvedere alla incolumità del fatto deposito specialmente quando egli riceve perciò un corrispettivo, ed ha interesse, come l'ha nel concreto, a che il deposito sia eseguito (art. 1843 e 1844 nn. 2 e 3 c. c.).

Ciò posto, il deposito di tale scontrino entro la cabina assume tutti i caratteri di un vero deposito necessario, precisamente come lo è per il viandante quello del suo bagaglio nell'albergo.

La stessa cosa è a dirsi per i bottoni della camicia, poichè se la camicia non può lasciarsi in deposito al banco, nemmeno vi si possono lasciare i bottoni siano anche d'oro, come difatti non s'usa. La ragione della legge è sempre la stessa tanto in questi casi, come in quello particolarmente contemplato dall'art. 1866 c. c. in rapporto ai depositi fatti presso gli osti e gli albergatori.

Non giova in contrario osservare che la disposizione di quest'articolo è di diritto eccezionale e quindi non ammette interpretazione estensiva. Qui non si tratta di estendere, ma d'interpretare la legge, e siccome la parola *osti*, specie se usata cumulativamente con quella di *albergatori*, ha e deve avere un significato più lato di questa, così non è coartare, ma intendere bene il signi-

ficato di essa l'attribuirle il senso suo più lato, che è quello di ospite non gratuito, di chiunque cioè ricetta ed accoglie in un luogo recinto terzi estranei contro il pagamento di una mercede. Fra questi va compreso adunque anche l'esercente uno stabilimento di bagni.

Se, quanto allo scontrino, il deposito di esso nella cabina era necessario, non ha importanza il fatto che tale cabina fosse di tela, anzichè di legno, che fosse facilmente accessibile al ladro, che fosse un ricetto mal sicuro, mentre al Tubino era invece, come disse il teste Ceratto, stata offerta una cabina in legno, munita con chiave, solida e sicura contro qualsiasi pericolo di sorta. Ben disse a questo proposito il primo giudice: dal momento che il bagnante aveva libera la scelta, non è a farglisi addebito di averne usato. Del resto, se il deposito era necessario, qualunque fosse il luogo, in cui esso fosse stato fatto, purchè permesso dai regolamenti e dentro il recinto dello stabilimento, la responsabilità dell'esercente sarebbe stata uguale. Essa discende sempre dal disposto dell'art. 1867 c. c., a norma del quale il depositario di tale specie è obbligato pel furto o pel danno arrecato agli effetti dell'avventore, ovunque essi si trovino, purchè entro l'albergo.

E nemmeno si opponga che tale articolo di legge rende responsabile il depositario soltanto nel caso che il furto sia stato commesso dai domestici o dalle persone preposte alla direzione del locale o da estranei che lo frequentano, e che in questa parola *estranei* la legge non volle certo comprendere gli stessi avventori, che invece poco prima aveva chiamati *viandanti*.

Perocchè se la parola della legge male sembra prestarsi a questa interpretazione, il suo spirito invece la appoggia mirabilmente. Il viaggiatore che alloggia in un albergo, il bagnante che entra a ritemprarsi le sudate membra in uno stabilimento di bagni, hanno necessità di essere protetti tanto contro la mano rapace del domestico o dell'impiegato, quanto contro quella del suo vicino d'albergo o di cabina.

Del resto, a parte anche ciò, a chi spetta provare che il furto non fu commesso dal domestico, dal servo dello stabilimento, ma dall'estraneo? Al depositario certamente ed a lui solo, poichè la responsabilità sancita nel ripetuto art. 1867, derivando, come tutte le responsabilità indirette, da vera presunzione di colpa, persegue colui contro il quale essa è creata fino a che non siasi da tale presunzione purgato. E del resto, se così non fosse, ognun vede che per i furti commessi negli alberghi da persone ignote, che sono forse i più frequenti, il viaggiatore non avrebbe garanzia, nè rimedio.

Per altro, si conceda anche che quanto allo scontrino ed ai bottoni della camicia non si trattasse di deposito necessario. Niuno certo può dubitare che si trattasse quanto meno di un deposito volontario, in conseguenza del quale l'esercente era almeno tenuto a custodire le cose depositategli, come se fossero state sue proprie, anzi a custodirle con diligenza anche maggiore, perchè nel prezzo che il bagnante paga pel bagno è naturalmente incluso anche la mercede per custodia dei suoi effetti, ciò che sottopone il depositario ad una responsabilità più grave dell'ordinaria, giusta il disposto dell'art. 1844 n. 2 c. c.

Nel concreto per la concorde deposizione di tre testimoni di parte attrice è risultato che invece la custodia delle cabine era così poco curata da trovarsi affidata alla vigilanza di un ragazzetto dell'età di dieci anni e forse meno; il che equivale a dire che vera custodia non esisteva. Vi fu dunque almeno difetto di vigilanza così grave da bastare per sè solo a legittimare la responsabilità della Ferrando pel danno dal Tubino sofferto (art. 1843 c. c.).

Per un oggetto però occorre fare eccezione, ed è per la spilla d'oro che il Tubino aveva lasciato confitta nella cravatta, e che insieme collo scontrino e coi bottoni gli venne dal ladro sottratta dalla cabina. Per questa non può parlarsi di deposito necessario, e tanto meno quanto al sito ove essa fu lasciata, perchè nulla in verità impedisce a chi entra in uno stabilimento di toglierla dalla cravatta e depositarla al banco. Posto quindi, com'è indubitato, che un apposito avviso affisso all'ingresso preveniva gli avventori che il proprietario del locale non rispondeva di quelli oggetti di valore che non gli venissero espressamente consegnati, Tubino che non adempì a questa condizione, la quale in sè stessa nulla di illegale o di immorale poteva avere nel caso concreto, mentre poteva con tutta facilità adempierla, non può avere ragione a lagnarsi della sottrazione sofferta. E che egli conoscesse questo avviso e ne avesse accettata la condizione, risulta dal suo fatto stesso, perchè altrimenti non avrebbe fatto il deposito dei restanti oggetti.

P. q. m., conferma la sentenza del pretore, ecc.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

24 gennaio 1901 — *Pres.* e *Rel.* Fiocca — Di Berardino.

La donna che presenta o fa presentare all'ospizio dei trovatelli l'infante naturale o adulterino da lei partorito dichiarandolo nato da ignoti non è punibile per soppressione di stato (1).

La ricorrente Di Berardino moglie di Fedele De Angelis, da cui vive separata di fatto e non legalmente, nei primi giorni del dicembre 1877, sgravatasi di un bambino, lo fece deporre nell'Ospizio dei trovatelli di Teramo che alla sua volta lo fece iscrivere negli atti dello stato civile come nato da genitori incerti. Rinviata per tal fatto a giudizio a rispondere del delitto previsto dall'art. 362 c. p., il tribunale di Teramo con ordinanza 25 agosto 1900, sulla considerazione che il fatto attribuito alla ricorrente costituisse un reato di soppressione di stato dichiarò impromovibile l'azione penale fino a che il giudice civile non avesse definita la quistione di stato. In seguito ad appello interposto dal P. M., la Corte d'appello annullò l'ordinanza del tribunale, e, pronunziando in merito, dichiarò la ricorrente colpevole del delitto sopra enunciato, e la condannò a due mesi di detenzione. Ricorre ora per cassazione la Di Berardino sostenendo che, trattandosi di reato di soppressione di stato, il procedimento penale doveva arrestarsi fino a che non fosse stata decisa la quistione di stato dal magistrato civile.

Per dichiararsi improponibile l'azione penale ai sensi dell'art. 32 cod. proc. pen., occorre che essa riguardi un reato di soppressione di stato. Su di che la Corte Suprema osserva che l'art. 362 c. p. sia collocato sotto la rubrica — « Della supposizione e della soppressione di stato » — nomi di genere che comprendono virtualmente le diverse forme con cui si estrinseca questa classe di reati, le quali sono poi enumerate e specificate negli art. 361, 362, nell'ultimo dei quali rientra il fatto attribuito alla ricorrente. Che dunque nella fattispecie si tratti di reato di soppressione di stato, un primo argomento si trae dalla rubrica sotto cui è collocato l'art. 362. L'altro argomento diretto è che le diverse forme di delinquenza enumerate nei detti due articoli hanno tutte per effetto di sopprimere o alterare lo stato civile di un infante, sia col dargli uno stato di famiglia e di cittadinanza che non gli spetta, sia col togliergli uno stato che gli appartiene. E se sopprimere significa *nascondere*, far *scomparire* qualche cosa, questo effetto ricorre appuntino nel fatto di colui che depone in un ospizio di trovatelli un infante legittimo o naturale riconosciuto, e ve lo presenti occultandone il vero stato, giusta l'ipotesi configurata dall'art. 362. Per negare dunque che il fatto in disamina costituisca un reato di soppressione di stato, si deve prima cancellare la rubrica sotto cui è collocato l'art. 362, e poi dimostrare che lo stato civile di figlio legittimo o naturale riconosciuto non rimane soppresso nè alterato dal fatto sopra accennato: e la sentenza impugnata merita censura nell'avere affermato il contrario. Ma è punibile il fatto? È un'indagine che va fatta in ogni sorta di reato, ma in questa classe tanto più, in quanto non sempre la legge lo punisce. La donna, fecondata illegittimamente, che fa deporre nella ruota dei trovatelli, o presenta, o fa presentare l'infante da lei partorito come nato da ignoti, sopprime certamente lo stato di figlio naturale dell'infante, e impedisce a costui l'esercizio dei diritti relativi che ne derivano: tuttavia il fatto non è punibile, perchè l'art. 376 c. c. non fa obbligo di enunciare nell'atto di nascita il nome e cognome della madre, tanto meno del padre, quando la nascita è da unione illegittima: e se non vi è codesto obbligo, il fatto non costituisce

(1) Cons. in arg. Cass. 10 maggio 1899, in *Filangieri*, 1899, 549; Trib. Girgenti, 20 agosto 1894, *Ib.*, 1894, 2, 539, coi richiami rispettivi.

nè reato di falsità nè di soppressione di stato, i quali non possono sussistere senza quell'obbligo.

La impunità, occorre appena avvertirlo, fu consigliata da ragioni politiche, in quanto che, diversamente, si sarebbero spinte le madri all'infanticidio e all'abbandono della prole illegittima.

Ricorrono le stesse ragioni, e si applica anche la disposizione dell'art. 376, se la nascita è da unione adulterina? Era l'indagine che si sarebbe dovuta fare tanto dal tribunale quanto dalla Corte d'appello, ma non si è fatta nè dall'uno nè dall'altra in questa causa, in cui la ricorrente Di Berardino, dice la sentenza, e risulta dagli atti, è moglie di un De Angelis Fedele, da cui vive separata di fatto, non legalmente, ed ella confessa che l'infante fatto deporre nell'ospizio è frutto di unione adulterina. La questione è grave; imperocchè da una parte l'art. 159 stabilendo una presunzione *iuris* di legittimità pel figlio concepito durante il matrimonio, la quale può essere impugnata dal solo padre, art. 162 c. c.; e l'art. 375 facendo obbligo di enunciare nell'atto di nascita il nome e cognome dei genitori, quando la nascita è da unione legittima, sembrerebbe che il tacere codesti nomi, e dichiarare l'infante nato da ignoti, costituisse un vero reato di soppressione di stato. Dall'altra si può obbiettare che la prova della figliazione legittima dovendo farsi con l'atto di nascita inscritto nei registri dello stato civile, come prescrive testualmente l'art. 170 detto codice, e la legge avendo negli articoli 371 e seguenti dello stesso codice stabilito il modo e le forme con cui codesto atto vuol essere compilato, sembrerebbe che la questione presente cada più sul modo di provare la figliazione stessa. E circa codesto modo si può osservare che la legge non ha affidato a chiunque la dichiarazione di nascita, ma vuole, che sia fatta dal padre, giacchè in tal caso non può sorgere dubbio sulla figliazione legittima e naturale, in mancanza di lui, dagli estranei che indica e specifica. Ma quando è fatta da costoro è obbligatoria la enunciazione del nome e cognome della madre e del padre? Dall'articolo 375 c. c. sembrerebbe che ci sia codesto obbligo. Ma in pratica sorgono dubbi e difficoltà gravissime, perchè il dichiarante può ignorare nome e cognome della madre, la sua condizione di maritata, come non di rado avviene quando lo sgravo segue in un pubblico stabilimento, in una casa estranea, dove la donna si reca per nascondere il proprio fallo. In questi casi, se la puerpera non vuole rivelarsi, l'obbligo di enunciare il nome della madre non è possibile; e la legge non impone obbligazioni impossibili. E se la madre, rivelandosi, confessa, come nella fattispecie, l'infante essere frutto di adulterio, si deve applicare la disposizione dell'art. 376? Ecco una serie di dubbi che fanno gravissima la questione, la quale non essendo neppure stata subodorata dai giudici del merito, è opportuno e necessario rinviare la causa ad altri giudici che la risolvano con più accurato esame dei fatti; e nel risolverla non ometteranno di considerare che nel progetto del codice civile vigente appresso all'art. 376 ve ne era un altro così formulato:

« Quando alle dichiarazioni di paternità e maternità risultasse una figliazione, di cui non sia ammesso il riconoscimento, l'uffiziale dello stato civile si limiterà ad indicare la madre ». Questa disposizione essendo sembrata alla Commissione senatoria non giusta nel suo concetto e pericolosa nell'applicazione, fu soppressa, e nel sopprimerla la Relazione senatoriale dichiara che « tutti i casi di figliazione illegittima sarebbero stati regolati dall'art. 376, in guisa che le spontanee dichiarazioni di figliazione che non possono essere riconosciute, venendo iscritte negli atti di nascita, gioveranno non ad un vero riconoscimento, ma almeno all'esercizio dell'azione alimentaria concessa dall'articolo 193 ».

P. q. m., accoglie il ricorso, ecc.

—

7 gennaio 1901 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Romano — Mattiangeli.

Il delegato di pubblica sicurezza è pubblico ufficiale.

Sono pubblici ufficiali coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni a servizio dello Stato, delle Provincie o dei Comuni giusta la definizione che ne dà l'articolo 207 c. p. Ora che i delegati sieno pubblici ufficiali non si è mai dubitato, perchè sono rivestiti di pubbliche funzioni come ufficiali d'una pubblica Amministrazione, la Pubblica Sicurezza, la più importante e delicata funzione diretta a prevenire reati, a mantenere l'ordine pubblico, condizione della sicurezza del lavoro e del benessere sociale; ma, oltre a ciò, essi rivestono la pubblica funzione di ufficiali di polizia giudiziaria, tenuti in tal qualità a prender notizia di qualunque reato (delitto o contravvenzione) di azione pubblica, ricevere querele e denunzie, porgere le notizie al pretore o al procuratore del re, accertare le tracce dei reati, ordinare l'arresto degli imputati nel caso di flagrante reato, e raccoglierne le prove, art. 62 e 64 c. p. p. E che non possano mai confondersi con gli agenti

della forza pubblica e fare la distinzione di cui si parla nel mezzo, per l'applicazione, quanto alla pena per l'oltraggio del n. 1 dell'art. 194 c. p., risulta dalla disposizione dell'art. 64 c. p. p. dove è detto che essi possono, anzi debbono ordinare l'arresto in caso di flagrante reato che importi la pena del carcere eccedente tre mesi, e a tale effetto richiederanno l'aiuto della forza pubblica.

—

21 dicembre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Floreno = Grassi.

1. ***Per l'art. 848 c. p., non può di regola provarsi con testimoni la falsità di un giuramento prestato circa la sussistenza o meno di una obbligazione eccedente le lire cinquecento*** (1).

2. ***Decidere se sussista un principio di prova scritta da fare ammettere la prova testimoniale è apprezzamento incensurabile del giudice di merito*** (2).

Con pubblico strumento l'avv. Alberto Grassi prese a mutuo da Adelaide Marconi L. 13,738.40 per la durata di anni 3.

Intanto la mutuante, dopo la scadenza, cedette il credito al suo fratello Nicola Marconi senza nulla specificare in quanto alla data del pagamento. Però, impulsato il Grassi da quest'ultimo, sostenne che il mutuo fugli prorogato per altri tre anni dalla creditrice originaria dopo la prima scadenza e prima della cessione. Deferito il giuramento in linea civile, il Grassi giurò quanto sopra. Il Marconi allora, costituendosi parte civile, prese querela per ispergiuro, ai sensi dell'art. 221 c. p., e produsse i testimoni di prove: senonchè il tribunale con sua ordinanza dichiarò inammissibile la prova testimoniale offerta dal Marconi, e ciò per ostacolo di somma eccedente le L. 500, ai sensi dell'art. 848 c. p. p. e 1341 c. c., e indi con sentenza prosciolse l'imputato.

Il P. M. appellò, ma la Corte venne all'identico avviso del tribunale.

Ond'è che il prelodato P. M. ricorre sostenendo che non essendovi alcuna contesa sull'obbligazione, si verteva solo sopra una semplice modalità, cioè, se vi fosse stata ovvero no una proroga; e che infine l'ostacolo dell'art. 848 succitato se non può sussistere per la ragione di sopra non può altresì sussistere contro il Marconi che non intendeva provare la convenzione, anzi intendeva coi testi dedotti provare l'inesistenza di questo fatto giuridico. Per altro in due biglietti prodotti si poteva ben ravvisare, ciò che alla Corte non parve, un principio di prova per iscritto che abilitava la prova testimoniale ai sensi dell'art. 1347 c. c.

Il Supremo Collegio osserva in primo luogo, che, a differenza del diritto romano, l'odierna dottrina prevalente insegna che nell'economia delle leggi civili la prova scritta forma la regola generale e la orale l'eccezione formulata negli art. 1341, 1347, 1348 c. c. imperante.

Consegue quindi da ciò a prima giunta che si è nella specie nel caso di una interpretazione restrittiva insofferente di analogie.

Che cosa si voleva provare dal Marconi?

Apparentemente una negativa, e come tale giuridicamente improvabile (*factum negantis per rerum naturam probatione caret — l. 2 Cod. de prob.*), ma in sostanza poi si pretendeva provare il fatto positivo dello spergiuro. Ora, per provarsi, o meno, siffatto reato è giuocoforza che si appuri l'inesistenza o l'esistenza della novella convenzione di proroga del precedente contratto, e ben si vede che questo novello fatto giuridico è indipendente dall'entità del primo; vi si riferisce, ben vero, però nella sua configurazione legale, sta da sè molto più dopo scaduto il precedente, e non può giammai dirsi una modalità accessoria di un ente morto, come si vuol pretendere. Ogni fatto nuovo il quale di sua natura produca un effetto giuridico sia di trasferire, o creare, o rinnovare obbligazioni o diritti è per questa medesima ragione da per sè stesso una convenzione giuridica che non è suscettibile di prova per testimoni se versa sopra un valore eccedente le L. 500. In ogni modo assumere che la convenzione di proroga non avvenne, equivale all'accertamento del reato, la cui esistenza o meno dipende dall'esistenza o meno di quel contratto civile di somma maggiore: e in conseguenza il divieto dell'art. 848 fu bene applicato.

In quanto poi riflette la questione del principio di prova per iscritto che si pretendeva rinvenire nelle due missive, riesce una pura questione di fatto apprezzata dal magistrato di merito che in quelle non vide nessuna delle circostanze che potevano rendere verosimile il fatto controverso.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

14 dicembre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Bruni = Musummeci e Rosario.

Il responsabile civile unico ricorrente deve, a

(1-2) Cfr. da ultimo Sezioni Unite, 25 giugno 1900, in questo *Filangieri*, 1900, 872, coi richiami sulla questione.

pena di decadenza, notificare la domanda di cassazione alla parte civile (1).

Musummeci Giuseppe e Platania Rosario ricorrono contro la sentenza della Corte di Catania dell'8 maggio 1900, confermativa di quella del Tribunale di detta città del 16 febb., con la quale furono condannati come responsabili civili solidalmente con gl'imputati principali, alla rivalsa dei danni a pro dei querelanti e parti civili Musummeci Pietro e Valente Francesco, per reato d'ingiurie commesse per mezzo della stampa.

Il Supremo Collegio osserva però che il ricorso non fu regolarmente prodotto, non essendo stato notificato alle parti civili, alle quali principalmente interessava. L'azione civile appartiene al danneggiato, dice testualmente l'art. 3 c. p. p. Essa è pedissequa all'azione penale, la quale è esercitata dal P. M. per la punizione del reo e la condanna ai danni è conseguenza del reato. Fin quando le due azioni rimangono unite e si proseguono anche con ricorso in Cassazione, potrebbe ammettersi che il ricorrente responsabile civile possa dispensarsi dal notificare alla parte civile il suo gravame, poichè l'azione pubblica essendo ancora viva col ricorso prodotto anche dall'imputato principale, deve essere interesse del P. M. di far citare tutte le parti, come analogamente si argomenta dalle disposizioni degli articoli 361 e 408 c. p. p., che regolano i procedimenti di appello.

Ma, quando l'azione penale si è esaurita con la sentenza di condanna dell'imputato, diventa perciò contro di lui esecutiva; il ricorso in Cassazione prodotto, come ne ha diritto, dal solo responsabilé civile, deve essere da lui notificato alla parte interessata, a pro della quale era stato condannato a pagare i danni: le parti interessate nel giudizio ormai non sono che esse sole, benchè il giudizio si prosegua innanzi alla giurisdizione penale.

È ben vero che, nel caso che riflette il ricorso in Cassazione, non si riscontra nel codice di proc. pen. nessuna esplicita disposizione riguardante quell'obbligo, ma si è più volte rilevato che l'art. 658 richiede che la parte civile costituisca il suo avvocato nel termine di cinque giorni dalla notificazione della domanda, e così il legislatore ha manifestato la necessità e l'obbligo che quella notificazione si faccia. La impone poi la logica legale ordinatoria di tutti i giudizi, non potendosi concepire che si sentenzi senza che si sentano le due parti contrarie od almeno che sieno legalmente citate.

P. q. m., dichiara inammissibile il ricorso.

(1) Riconosciamo volontieri le ragioni che suggeriscono la opportunità o, se pur si voglia, la necessità della notificazione del ricorso alla parte civile; ma la legge avendo taciuto, ne viene che tale notifica non debba farsi a pena di nullità. Cfr. in riguardo CRESPOLANI, *Cassazione* (mat. pen.) nella *Enciclopedia giuridica*, n. 38.

—

10 dicembre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Manduca = Santoro.

1. *Il giudice della bancarotta può sempre apprezzare agli effetti penali se sussistano la qualità di commerciante nell'imputato e le altre condizioni per la dichiarazione di fallimento* (1).

2. *Il minorenne non autorizzato alla mercatura che venga dichiarato fallito, non può essere condannato per bancarotta, ma può esserlo invece per truffa* (2).

La Corte non è censurabile conermando la sentenza appellata, che, ritenendo non commerciante il ricorrente, mutava la caratteristica del reato e lo condannava quale colpevole di truffa consumata.

Oggi non è più questione sulla indipendenza assoluta della procedura di fallimento innanzi alla giurisprudenza commerciale e l'istruzione o il procedimento penale. Il nuovo legislatore italiano ha accolto l'opinione moderna prevalente, cioè il principio della piena indipendenza e separazione delle due procedure civile e penale del fallimento.

La procedura di fallimento innanzi alla giurisdizione commerciale, e l'istruzione e il procedimento penale hanno corso con piena e reciproca indipendenza.

Una concorde giurisprudenza ammette che il magistrato penale, quando pure è stata pronunziata sentenza dichiarativa di fallimento, quando cioè non dovrebbe più revocarsi in dubbio la qualità di commerciante, nè lo stato di cessazione dei pagamenti, possa indagare liberamente se l'imputato abbia qualità di commerciante e sia in istato

(1-2) Il primo punto deciso dalla sentenza è ormai pacifico. V. in arg. DE GIULJ, *Fallimento* (mat. pen.), nella *Enc. giur*, pp. 459, 465. Cfr. pure Cass. 4 luglio 1895, in *Filangieri*, 1895, 152. — Riguardo al secondo, è pure prevalente in dottrina e in giurisprudenza la tesi che il minorenne non autorizzato all'esercizio del commerciò non può rendersi colpevole del reato di bancarotta (Cfr. la elegante esposizione del cit. DE GIULJ, *ib.*, pp. 334, 335). Riguardo all'imputazione di truffa, in tesi astratta può certamente ammettersi: ma non crediamo che debba bastare all'uopo il solo fatto di aver esercitato senza autorizzazione, giacchè così si renderebbe la condizione del minorenne più grave di quella del maggiore di età.

di cessazione di pagamenti. La dottrina e la giurisprudenza contrarie, di fronte all'articolo 696 c. comm., non meritano essere accolte.

La esclusione della qualità di commerciante nel Santoro importa come conseguenza giuridica la correttezza della sentenza della Corte, cioè la dichiarazione della colpevolezza del ricorrente del reato di truffa.

Il ricorrente era incapace ad esercitare il commercio senza la debita autorizzazione, perchè minorenne. Egli, con questo mezzo delittuoso, con questo artifizio, con questo raggiro, ingannò, sorprese la buona fede del querelante inducendolo in errore, procurando a sè un ingiusto profitto. La caratteristica delle truffe si integra nei raggiri coi quali s'induce il proprietario a spogliarsi delle cose. Di conseguenza non è corretto in diritto il principio che informa il secondo motivo, cioè il non concorso degli elementi che concretano il delitto di truffa.

La sentenza della Corte non merita censura alcuna. Il ricorso fa d'uopo rigettarsi.

—

7 dicembre 1900 — *Pres.* Canonico — *Rel.* Natali = Domizi.

Anche se l'imputato venga assolto per mancanza di discernimento può il magistrato penale condannare il responsabile civile (1).

Ugo Domizi e Domenico Domizi furono imputati, il primo, maggiore di 9 e minore di 14 anni, della contravvenzione all'art. 9, allegato *D*, della legge sui provvedimenti finanziari 19 aprile 1872, per avere abusivamente attinto acqua salsa da sorgenti salifere in tenimento Pallanza; il secondo di responsabilità civile nel detto reato, come padre del minorenne Ugo a senso dell'articolo 1153 c. c.

Il tribunale di Macerata con sentenza 3 settembre 1900, pure ritenuto che il giovanetto Ugo fosse stato l'autore materiale del fatto, commesso per ordine del padre, dichiarava lo stesso Ugo esente da pena per non essere provato che avesse agito con discernimento, e civilmente responsabile il Domizi Domenico, ai termini della imputazione, condannandolo perciò ai danni da liquidarsi.

Ricorre quest'ultimo chiedendo l'annullamento della sentenza per violazione dell'articolo 60 c. p. in relazione agli art. 1, 3, 549 e seguenti c. p. p., perchè in tanto sarebbesi potuto pronunziare in sede penale la di lui civile responsabilità in quanto si fosse fatta la dichiarazione dell'esistenza di un reato da cui essa dipendeva.

Il ricorso non regge, perchè la responsabilità civile per cui si procede nel giudizio penale colle forme e per gli effetti previsti nel titolo 4.°, libro II del cod. di proc. pen. non è la stessa derivante direttamente dal reato a carico dell'autore del delitto e della contravvenzione a mente degli art. 1 e 3 di detto codice, ma l'altra ben diversa, benchè collegata col fatto incriminato, che grava sopra persone tenute, secondo la legge civile, a rispondere del fatto illecito dell'autore medesimo, e che per economia di giudizi e per facilitarne la difesa gli art. 549 e seguenti vogliono proposta avanti gli stessi giudici penali competenti a conoscere del fatto stesso, i quali, in base dell'art. 577, devono pronunziare una sola sentenza per gli imputati ed accusati e per le persone civilmente responsabili. In conseguenza la responsabilità civile del terzo sta in relazione non già esclusivamente e necessariamente colla condanna penale dell'autore, ma coll'affermazione dell'esistenza del fatto illecito, oggetto del giudizio penale, e che, pure potendo, non costituisce reato per difetto dell'elemento morale nell'autore o complice, impegna tuttavia, secondo i casi, la responsabilità civile altrui. In questa ipotesi il ricordato art. 557 prescrive che il giudizio non si scinda e che come fu unico per l'imputato o accusato e per il responsabile civile il procedimento, unico debba essere la pronunzia.

Ora il tribunale colla sentenza impugnata ha escluso il reato in ordine al Domizi Ugo minorenne per difetto dell'elemento morale, ma ha ritenuto l'esistenza del fatto illecito generatore della responsabilità civile del di lui genitore Domizi Domenico, e così operando, non ha punto violato la legge.

P. q. m., rigetta.

—

3 dicembre 1900 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Ricco = Landolfi.

Il minorenne può sporgere querela, ma non farne remissione senza l'assistenza dal suo legale rappresentante (1).

Il diritto di far querela è un diritto naturale, tendente alla propria difesa personale o alla riparazione di una offesa patita da un reato, e l'esercizio di questo

(1) V. in arg. da ultimo Cass. 13 agosto 1899 in *Filangieri*, 1900, 73 colla nostra breve annotazione.

(1) Cfr. da ultimo Cass. 27 aprile 1898 e 1.° dicembre 1897 in questo *Filangieri*, 1898, 792, 68 coi richiami.

diritto è, e doveva essere, riconosciuto anche al minorenne dall'art. 104 c. p. p.

Non così quanto al diritto di fare remissione, imperocchè a prescindere che la legge non dice che chiunque fa querela ha il diritto di desistere, la remissione implica l'abbandono di un diritto e può impugnare gli interessi patrimoniali del desistente; ed allora è necessario che questo atto sia regolato a norma delle disposizioni che governano la capacità civile delle persone. Per la querela, ch'è un atto a lui favorevole, il minorenne per produrla non ha bisogno del suo rappresentante legale; ma per la remissione, ch'è un atto pregiudizievole, non fosse altro che pel pagamento delle spese cui è tenuto il remittente, egli non ha la capacità giuridica per farla, non ha, nè si presume che abbia il pieno discernimento di valutarne l'importanza e le conseguenze. Venendo ora alla specie, la quattordicenne Landi Carmela, orfana di padre, e con la madre domiciliata nelle Americhe, si querelò di tentata violenza carnale contro tal Landolfi Giovanni e bene aveva il diritto di farlo. Ma quando, più tardi, volle fare la remissione, si presentò innanzi al giudice istruttore, assistita dalla zia Santoro Luigia la quale, non avendo qualità nè veste legale per rappresentarla, non poteva integrarne la capacità; e quindi non poteva la remissione essere operativa.

È vero che quando due giorni dopo si andò al pubblico dibattimento e si presentò l'altro zio materno Santoro Alfonso a dichiarare di voler far sua la querela e di costituirsi parte civile, costui non aveva nella stessa guisa la rappresentanza della minorenne, ma allora, logica conseguenza di questo stato di cose, era quella non già di dichiarare efficace la remissione, ed estinta l'azione penale, ma di soprassedere insino a che la minorenne non fosse provveduta di legale rappresentanza, la quale potesse deliberare conformemente agli interessi che era chiamata a tutelare.

—

29 novembre 1900 — *Pres.* e *Rel.* Fiocca = Piccinini.

Diversamente dall'imputato, può il P. M. appellare la sentenza assolutoria per difetto di prove (1).

Il tribunale penale di Aquila con sentenza 29 maggio 1900 avendo assolto per non provata reità Luigi Piccinini dalla imputazione di truffa, il pubblico ministero interpose appello, che dalla Corte degli Abruzzi fu dichiarato inammessibile, a motivo che la facoltà di appellare consentita al pubblico ministero dall'art. 399 n. 2, c. p. p. essendo sottoposta agli stessi limiti stabiliti per quella dell'imputato, di cui al n. 1.° e in questo parlandosi di condannato, fosse evidente che, nel caso di assoluzione, non potesse appellare nè imputato nè pubblico ministero. Contro codesta sentenza ricorrono per Cassazione tanto il pubblico ministero quanto l'imputato Piccinini, sostenendo in sostanza entrambi, che la interpretazione dell'art. 399 fatta dalla Corte di appello con l'impugnata sentenza, non sia conforme nè alla lettera nè allo spirito della legge, nè tampoco alla giurisprudenza di questo supremo Collegio.

Coi motivi del ricorso si solleva la questione se il pubblico ministero possa appellare da sentenza che abbia assolto l'imputato per non provata reità. Su di che la Corte Suprema osserva che il limite di ogni azione essendo nella finalità cui essa intende, e l'azione del pubblico ministero mirando a restaurare l'ordine giuridico, stato violato dal delitto, è evidente come egli possa e debba appellare tanto nel caso di condanna quanto di assoluzione, perocchè in ambedue i casi la sentenza può essere violatrice dell'ordine giuridico. La stessa facoltà, a rigore di logica, dovrebbe essere consentita all'imputato, il cui diritto può essere offeso anche nel caso di assolutoria, quando sia pronunziata per non provata reità, e gli atti processuali invece abbiano chiarito l'innocenza dell'accusato, od escluso il fatto delittuoso. Ma tale parità di trattamento trova resistenza nella parola della legge, che, nell'art. 399, designando le persone che hanno facoltà di appellare, nel n. 1.° parla di *condannato*, e quindi esclude l'imputato assolto, o per cui fu dichiarato non luogo a procedere, come più volte ha sentenziato questa Corte suprema.

Ma codesta restrizione, che sta pel solo imputato, non può estendersi, come erroneamente ha fatto la Corte di merito nella impugnata sentenza, anche al pubblico ministero senza violare la parola e lo spirito della legge: imperocchè se è vero che, rispetto alla facoltà di appellare consentita a quest'ultimo, il n. 2.° dell'art. 399 testè ricordato, si riporta ai limiti stabiliti nel numero precedente, non è men vero che codesti limiti non possono mai riferirsi alla qualità della persona che può appellare, ma sibbene alla natura del delitto per cui si procede, e che, cioè, deve essere punibile con pena pecuniaria non eccedente le L. 1000.

(1) Cfr. da ultimo implic. Cass. 13 novembre 1900, in *Filangieri*, 1901, 153. — Sull'appello dell'imputato, veggasi Cass. 16 ottobre 1899, in *Filangieri*, 1900. 223; 15 giugno 1899, *Ib.*, 1899, 547, coi richiami.

La qualità di *condannato* non potendo convenire ad altri che all' imputato, ed essendo inconciliabile con quella del pubblico ministero, è assurdo il supporre che la legge l'abbia richiesta come condizione e quindi limite alla facoltà di appellare consentita a quest'ultimo.

—

9 novembre 1900 — *Pres.* Canonico — *Rel.* Lucchini = Garampelli.

1. *È incensurabile in cassazione la sentenza che esclude nello zafferano la qualità di sostanza alimentare e di droga.*

2. *L'art. 106 del regol. 9 ottobre 1889, in quanto prescinde dalla nocività o insalubrità, è incostituzionale, perchè aggiunge all' art. 42 della legge sanitaria* (1).

Garampelli Ferdinando veniva chiamato avanti il Pretore urbano di Milano per rispondere di contravvenzione ai sensi degli articoli 42 legge sanitaria, 106 regol. 9 ottobre 1889 e 160 regol. 3 agosto 1890, per essersi constatato che teneva e vendeva zafferanone per zafferano, cui andava commisto.

Il Pretore, con sentenza 12 maggio 1900 riteneva fondata in fatto e in diritto l' imputazione, e condannava Garampelli in conformità.

Appellatone il condannato, il Tribunale di Milano, con la sentenza impugnata, ritenendo che la sofisticazione non poteva presentare alcun pregiudizio alla salute, che lo zafferano non costituisce nemmeno sostanza alimentare, dichiarava non farsi luogo a procedere per inesistenza di reato.

Sull'unico mezzo del ricorso.

Violazione degli art. 42 legge sanitaria, 106 regol. 9 ott. 1889 e 1, 2, 160 regol. interno per la vigilanza sugli alimenti e le bevande, in quanto lo zafferano è *droga* e quindi cade sotto la disposizione dell'art. 160 regol. interno, e perciò sotto quella dell'articolo 106 regol. 9 ott. 1889 esplicativo dell'art. 42 della legge, la quale non protegge soltanto la salute, ma sì ancora la buona fede dei compratori, mentre poi lo zafferano non ha solo qualità coloranti, ma anche corroboranti e stimolanti, per l'aroma, il profumo e il sapore, che gli sono propri.

Innanzi tutto, non si può seguire il P. M. ricorrente nel dedurre l'applicazione dell'art. 42 della legge, di cui è specialmente questione, dall'applicabilità del regolamento, per la sua attuazione, che appunto questo, e come altre volte si è detto, appunto nei riguardi dell'art. 106, nulla può aggiungere alla legge, che da essa non si trovi già virtualmente preveduto; e meno ancora da quella del regolamento interno del 3 agosto 1890, che siccome pure venne accertato, non ha vera forza e funzione di legge, sia perchè mancante di approvazione legislativa e delle corrispondenti sanzioni penali, sia perchè espressamente dettato come norma e stregua per la compilazione dei regolamenti igienici comunali.

Per quanto voglia estendersi la portata della legge sanitaria, e dei corrispondenti regolamenti, non si potrà mai eccedere il fine proprio e naturale che la informa, quello cioè di provvedere alla tutela della sanità e all'igiene pubblica, ad altre leggi e sanzioni dovendosi ricorrere per la tutela della buona fede o della rettitudine negli scambi nelle contrattazioni, sia pure rispetto alle sostanze alimentari, per cui provvedono il codice e leggi speciali, rientrando d'altronde i fatti più comunemente nel novero dei delitti. Certamente possono interessare la legge sanitaria e i fini della sua tutela anche le frodi e sofisticazioni tendenti, non soltanto ad un pregiudizio e pericolo alla salute, ma sì ancora quelle che ottengono l'effetto di sottrarre all'alimentazione qualche coefficiente di nutrizione e di benessere, quali sarebbero, per esempio, le proprietà attribuite dal P. M. allo zafferano. Però la sentenza denunziata esclude assolutamente tali proprietà e attribuzioni allo zafferano in linea di fatto e con apprezzamento incensurabile, riconoscendogli la sola proprietà colorante e come non avente alcun rapporto con l'alimentazione. Quindi esula ogni applicazione della legge sanitaria al fatto, di cui non può disconoscersi l'illiceità, ma che cade eventualmente sotto altre disposizioni di legge.

P. q. m., la C. S. rigetta, ecc.

(1) Vediamo con piacere confermata un'altra volta la massima in epigrafe dalla C. S. la quale sembra così avere abbandonata la sua prima giurisprudenza. Cfr. Cass. 28 giugno 1900 in *Filangieri*, 1900, 792 col richiamo di altra decisione contraria.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

IV Sezione.

22 febbraio 1901 -- *Pres.* Giorgi — *Est.* Cagnetta — Comune di S. Giovanni Rotondo.

L'acquisto di beni stabili per parte di Comuni e Provincie è soggetto alla necessità della autorizzazione del prefetto anche quando concerna beni destinati ad accrescere il rispettivo demanio.

Il Comune di San Giovanni Rotondo ricorre a questa Sezione contro il decreto 7 luglio 1898 del Prefetto di Foggia, confermato nella successiva lettera 18 agosto, con cui si negava l'autorizzazione ad acquistare una zona di terreno per l'ampliamento della via Municipio.

Col ricorso — regolarmente prodotto e depositato — si deduce che, a prescindere dalla questione, se trattandosi di beni da acquistare per uso e utile pubblico, fosse necessaria quell'autorizzazione, il decreto prefettizio, che si basa sulla mancanza dei fondi in bilancio e sulla mancata giustificazione della disponibilità dello stabile da parte del venditore, contraddice allo stato degli atti; perchè in tempo opportuno fu provata, sia la disponibilità dei mezzi finanziari, sia la sicurezza del Comune per detto acquisto.

Si chiede la revoca del decreto impugnato, con tutte le conseguenze di legge.

Il 17 genn. 1901 è stata depositata dall' avvocato Merla nell'interesse del Comune una memoria a stampa, nella quale si sostiene principalmente la tesi che non sia necessaria l'autorizzazione prefettizia per l'acquisto di beni stabili destinati all'uso pubblico da parte dei Comuni, e si intende poi a dimostrare infondate le ragioni sulle quali il Prefetto motivò il diniego della chiesta autorizzazione.

Non può sostenersi in massima che l'autorizzazione prefettizia non sia necessaria per l'acquisto di beni stabili da destinarsi a far parte del demanio provinciale e comunale; mentre la regola è invece che per legge sono soggetti alla preventiva autorizzazione tutti, senza distinzione, gli acquisti per parte degli enti morali, salve le eccezioni espressamente disposte, e di cui bisogna dimostrare che concorrano gli estremi per applicarle ai singoli casi che s'intendono eccettuare.

Dalla relazione e dalle discussioni parlamentari che precedettero la legge del giugno 1850 si rileva bensì che scopo precipuo del legislatore fu d' impedire l' accumulazione della manomorta, di mantenere la commerciabilità e la divisibilità dei beni: ma non fu questo lo scopo unico ed esclusivo, e nello stesso discorso del senatore Pietro Gioia citato nella memoria a stampa del Comune ricorrente, si accennò, per gli acquisti onerosi, anche a ragioni di tutela nell'interesse dei Corpi morali. Non è il caso di esaminare se e fino a qual punto simili ragioni di tutela si manifestino tuttora sussistenti rispetto ai Comuni, di fronte alla legge 21 giugno 1896, e al regolamento 26 luglio successivo coordinato con l'ordinamento amministrativo vigente; ma ad ogni modo, non potendosi, per esempio, escludere la eventualità che il fatto della destinazione all'uso pubblico possa non seguire poi nella pratica dopo l'acquisto dei beni, in tal caso la tesi assoluta propugnata dal Comune ricorrente potrebbe anche aprire l'adito ad eludere la legge nel suo scopo fondamentale di impedire l'accumularsi della manomorta.

Dalla giurisprudenza si desume che la destinazione all'uso pubblico dei beni da acquistare può tenersi in conto per concedere l'autorizzazione senza urtare nello scopo economico che si intese conseguire con le norme restrittive della capacità dei Corpi morali *in subiecta materia*; ma da ciò non è dato desumere che in simili casi si possa prescindere senz'altro dall'autorizzazione prescritta dall'art. 2 della citata legge del 1896, la quale disposizione è quella che trova applicazione nella specie e non riproduce la locuzione « aumento di patrimonio » che si legge nell'art. 1.

Benvero che, discutendosi alla Camera dei deputati la legge del 1896, fu proposta ad

esso art. 2 un'aggiunta la quale, se fosse stata inserita nel testo definitivo, avrebbe risoluta per alcuni casi la quistione in senso favorevole alla tesi propugnata dal Comune di S. Giovanni Rotondo; ma sta in fatto che dalle discussioni parlamentari si rileva essersi rimandato al regolamento il provvedervi, e che il regolamento 26 luglio 1896 non vi provvide. L'art. 7, principio, di questo regolamento non fa al caso in quistione; perchè l'eccezione ivi contenuta si riferisce non già all'ipotesi dell'acquisto di beni stabili da destinarsi al demanio provinciale o comunale per volontà degli enti, ma prevede l'ipotesi in cui sia già intervenuta una dichiarazione di pubblica utilità nelle varie forme stabilite dalla legge relativa, e l'ipotesi in cui la destinazione dei beni stabili ai bisogni di pubblica utilità delle Provincie o dei Comuni segua *ope legis*, come nella concessione di fabbricati dei conventi soppressi, a termini dell'art. 20 della legge 7 luglio 1866.

—

GIUNTA DELLE ELEZIONI.

4 febbraio 1901 — *Pres.* Finocchiaro-Aprile — *Est.* Barzilai — Tedesco — *adottato.*

L'ispettore generale delle ferrovie, *sebbene sia ineleggibile a deputato a sensi dell'art. 82 legge elett. politica t. u. 28 marzo 1895, può esser validamente eletto se, a cagione del suo ufficio, sia per legge membro del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, i cui membri per lo stesso art. 82 non sono ineleggibili* (1).

Nell'elezione di Mirabella Eclano, avvenuta il 3 giugno, l'avvocato Tedesco, ispettore generale delle strade ferrate e membro aggregato del Consiglio Superiore dei LL. PP., venne proclamato eletto, con voti 1853 sopra 1969 votanti.

Fu sollevata di ufficio eccezione di ineleggibilità, che potrebbe per vero sembrare suffragata da una rigorosa interpretazione della legge elettorale vigente.

La legge elettorale, all'art. 82, nega la eleggibilità ai funzionari dello Stato, e se alla lettera *f* esclude dal divieto, tra altri, i membri dei Consigli Superiori, non dice affatto che gl'ineleggibili, perchè facciano parte di quei Consigli, diventino eleggibili. Essa dice invece un'altra cosa all'art. 88 ed è questa: che anche i membri dei Consigli Superiori diventano ineleggibili, quando abbiano un altro ufficio retribuito sul bilancio dello Stato, non compreso nelle eccezioni speciali dell'art. 82 e alla loro carica non necessariamente congiunto.

Certo l'ufficio d'ispettore delle strade ferrate è necessariamente congiunto a quello di membro del Consiglio dei LL. PP., ma è certo altresì che l'ufficio principale per il comm. Tedesco è quello di ispettore, mentre puramente accessoria e consequenziale è l'appartenenza sua alla Sez. I per la viabilità ordinaria e fabbricati, e per le ferrovie del detto Consiglio Superiore.

Male dunque una disposizione destinata a limitare la eleggibilità degli stessi membri dei Consigli Superiori, quando abbiano altro ufficio retribuito, non necessariamente congiunto ad esso, si volge a sanzionare la eleggibilità dei funzionari ineleggibili che di quei Consigli per legge sono chiamati a far parte.

Senonchè è giusto riconoscere la importanza dell'argomento dedotto dalla difesa dell'eletto per cui la legge — almeno nei riguardi del Consiglio Superiore dei LL. PP. — risulterebbe per questa pur logica interpretazione viziata da una intima contraddizione.

Infatti da un lato essa dichiarerebbe eleggibili i membri del Consiglio Superiore dei LL. PP., dall'altro non sanando per questa partecipazione la ineleggibilità dei funzionari — li escluderebbe tutti, essendo di soli funzionari composto quel Consiglio.

D'altronde la Camera impiegando in una interpretazione assai larga della legge, tempo e dottrina che in minori proporzioni sarebbero forse bastati per riformarla, ha costantemente ammesso che nel concorso di due uffici, recante l'uno in via di eccezione la eleggibilità, l'altro in via di regola la ineleggibilità, dovesse il secondo ritenersi assorbito dal primo.

Si comincia dal 5 aprile 1860, coll'elezione De Maria, ispettore generale al Ministero dell'istruzione pubblica, e membro del Consiglio superiore di sanità, e si arriva fino agli ultimi tempi, seguendo sempre lo stesso concetto.

Elezione Bella, direttore generale acque e strade e membro del Consiglio superiore di ponti e strade (17 maggio 1863).

Possenti e Biancheri, ispettori del Genio civile, e membri del Consiglio superiore dei LL. PP. (21 maggio 1867).

Cavalletto, ispettore generale e membro del Consiglio superiore di ponti e strade (18 luglio 1868 e 2 aprile 1871).

Randaccio, direttore della sanità marittima e membro del Consiglio superiore della sanità (19 dicembre 1876).

Valsecchi, direttore generale dei LL. PP.

---

(1) Cfr. da ultimo G. d. E. 1.° marzo 1894 e 13 febbraio 1893 in questo *Filangieri*. 1894, 2, 243 e 1893, 2, 125 colle note in senso contrario dell'on. BRUNIALTI. Ma in politica sembra che la logica sia una opinione

e membro del Consiglio superiore dei LL. PP. (21 aprile 1883).

Miraglia, direttore generale all'agricoltura e membro del Consiglio superiore di agricoltura (4 marzo 1893).

Bertarelli, direttore generale al Ministero dell'interno e membro del Consiglio superiore di sanità (2 luglio 1897).

Queste decisioni della Camera, per quanto si ripete, più che alla legge, vicine ad un concetto di riforma estensiva delle sue disposizioni, hanno un doppio valore: quello della indicazione intrinseca della sua sovrana volontà, reiteratamente espressa, e quello della convinzione diffusa nel corpo elettorale, che esso non compirà opera vana, raccogliendo i suoi suffragi su funzionari compresi in quelle categorie.

Resta dunque soltanto da indagare se l'ufficio di ispettore generale delle strade ferrate può parificarsi a quello di direttore generale o di ispettore generale del genio civile nei suoi rapporti col Consiglio superiore dei LL. PP.

L'ispettore generale delle strade ferrate fa parte del Consiglio superiore dei LL. PP. non per volontà del ministro, ma per opera della legge (art. 7 della legge 22 agosto 1895). Anzi, mentre il ministro, per la legge così detta dei Ministeri, del 12 febb. 1888 potrebbe abolire una direzione generale, togliendo con questo, l'ufficio di consigliere superiore dei LL. PP. ad un funzionario deputato, egli non potrebbe mai sopprimere l'ispettorato governativo delle ferrovie, e quindi togliere l'ufficio di consigliere, quindi la eleggibilità al deputato ispettore.

Di più è lecito affermare che l'ispettore generale delle strade ferrate si trova, a fronte del potere esecutivo, in una situazione di maggior indipendenza degli ispettori del Genio civile, sia perchè di questi e non di quello può essere dal ministro mutata la residenza, sia perchè competono a questo indennità speciali che a quelli non appartengono.

L'ispettore generale delle strade ferrate è aggregato (e la relazione Genala alla legge del 1893 spiega come l'ispettore generale delle strade ferrate dovesse essere aggiunto agli altri ispettori nel Consiglio superiore) ad una Sezione del Consiglio superiore con voto deliberativo, e partecipa alle Sezioni unite sempre che siano in questione le materie di competenza delle due Sezioni. Egli non partecipa, è vero, alla II Sezione per le opere idrauliche, ma questa specificazione delle sue funzioni non pare scemi in esso la qualità di membro effettivo del Consiglio superiore.

E, a lumeggiare questa situazione concorre, in forma sia pure negativa, la giurisprudenza della Camera, la quale pronunciò l'annullamento dell'elezione dell'on. Baccarini, reggente la direzione delle opere idrauliche e membro *straordinario* del Consiglio dei LL. PP. (14 marzo e 20 aprile 1874) e dell'on. Di Lenna, ispettore generale delle strade ferrate e membro *straordinario* del Consiglio superiore dei LL. PP., perchè le loro nomine erano fatte per volontà del ministro, in base al decreto reale 1.° giugno 1863, che ammetteva come membri straordinari del Consiglio gli ingegneri capi di I classe, i quali, ancora oggi, per la legge 15 giugno 1893 *possono* esser chiamati a far parte del Consiglio superiore, con Decreto ministeriale; ma non ne fanno parte per la legge. L'ispettore delle strade ferrate è invece membro *ordinario* di quel Consiglio.

Se dunque tale è la giurisprudenza della Camera, inspirata probabilmente ad un doppio concetto, che i funzionari i quali fanno parte degli alti Consessi dello Stato sfuggano più degli altri alla soggezione del potere esecutivo e che non convenga d'altronde privare la Camera intieramente dei loro lumi, la Giunta può accogliere ancora questa giurisprudenza, specialmente quando non abbia a fare suo testo di talune tra le meno accettabili sue pagine.

Per queste ragioni la Giunta vi propone la convalidazione dell'avv. Francesco Tedesco, nel collegio di Mirabella Eclano.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

L'OSTRUZIONE PARLAMENTARE

DAVANTI AL DIRITTO ED ALLA POLITICA COSTITUZIONALE

(*Cont. e fine — Vedi N. 5*).

Ma se così è — si potrebbe obbiettare ancora — l'ostruzione sarebbe al più da considerarsi quale una forma di resistenza collettiva rivoluzionaria, giustificabile solo e giustificata da condizioni di fatto; ed alla nostra teoria mancherebbe quindi una base giuridica, rimanendole solo quella politica.

Ed anche questo è inesatto. Imperocchè, mentre caratteristica della rivoluzione è di oltrepassare e di calpestare i limiti della Costituzione vigente, come vuole l'Orlando (1), l'ostruzione, nel senso in cui noi abbiamo dimostrato d'intenderla, si svolge entro questi limiti: mentre la rivoluzione tende sempre, almeno in apparenza, a distruggere la Costituzione stessa, l'altra la rispetta e tende appunto a difenderla e farla rispettare.

Adunque, se di resistenza si dovesse parlare, bisognerebbe dire piuttosto che l'ostruzione rappresenti *una forma speciale di resistenza collettiva legale*. Poichè, giusta la teoria magistrale svolta in proposito dal detto prof. Orlando, una delle maniere di cosifatta resistenza è « di rimuovere una violazione della Costituzione, un arbitrio, o un insieme di abusi e di illegalità commessi dal potere governante »: che si dice legale, comechè diretta appunto alla difesa della Costituzione, e come tale, data una partecipazione qualsiasi del popolo all'andamento della cosa pubblica, costituisce un *diritto politico*, comunque per sua natura *eccezionale* (2).

---

(1) Cfr. *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (in *Bibl. di sc. pol.*, serie I, vol. V, p. 1104).

(2) Cfr. ivi, pp. 114-115. Occorre avvertire, che, di recente, ha dimostrato di dissentire dalla teorica dell'ORLANDO, il prof. BRUNIALTI, il quale mal saprebbe ravvisare un fondamento giuridico sulla distinzione da quello posta fra le due specie di resistenza (Cfr. *Encicl. giur. ital.*, voce *Resistenza*, vol. XIV, Parte II, p. 128, N. 4).

Francamente, non possiamo aderire ai concetti ivi espressi dal detto prof. BRUNIALTI; poichè, per quanto possa sembrare difficile nella pratica codesta distinzione, e per quanto sia pur vero che « il concetto giuridico della resistenza sia collettiva, sia individuale, ha in sè contenuta l'idea della possibilità di usare i mezzi materiali necessari a renderla efficace », non si potrà mai certamente confondere, anche dal

Non altrimenti, infatti, deve costituire un diritto per la minoranza l'opporsi con tutti i mezzi possibili di resistenza di cui può disporre, anche mediante l'ostruzione, a che con l'appoggio d'una fittizia maggioranza parlamentare il Governo commetta abusi o violenze legislative. Perocchè Governi e maggioranze non possono che attuare abusi di potere, allorchè siansi discostati dall'indirizzo dell'opinione generale del paese, o, meglio, dal contenuto della coscienza giuridica nazionale, manifestata all'infuori de' pubblici istituti, non con quelle tirannie piazzaiuole alle quali lo Stato deve sempre resistere, ma per virtù dell'esercizio legittimo delle pubbliche libertà.

Non si tratta qui adunque che d'un passaggio, per dir così, del diritto di resistenza dal popolo, nel quale risiede, verso quella parte dell'Assemblea legislativa, che, pur costituendo la minoranza, in quel dato momento *rappresenta veramente e realmente* la nazione.

E questo passaggio non sarebbe legittimo, s'intende, se non quando il fine dell'opposizione ostruzionista fosse quello o di dar tempo all'opinione pubblica di manifestarsi nel senso da quella interpretato, oppure di rendere completa ed efficace, col volgerla non solo contro il Governo, ma anche ed in ispecie contro la maggioranza parlamentare, quella resistenza collettiva legale che invano il paese avesse tentato per ottenere la reintegrazione dello *stato giuridico* ne' rapporti fra gli organi de' pubblici poteri e sè medesimo.

Nè in tale passaggio cotal diritto muta la sua indole essenziale, benchè assuma una forma speciale, che è quella dell'ostruzione, nè possa essere altra; poichè, al modo stesso che il popolo l'esercita contro gli abusi del potere governativo mediante l'uso attivo ed operoso della libertà di stampa, di riunione e di associazione, che in sostanza sono forme diverse della libertà di pensiero e di discussione, così del pari la minoranza ostruzionista in seno all'Assemblea non tenta di farlo valere che col mezzo della discussione prolungata all'infinito, allo scopo d'impedire o ritardare deliberazioni che da parte della maggioranza quell'abuso o quel complesso di abusi governativi consacrino.

Com'è chiaro, i termini sono identici nell'un caso e nell'altro: non si tratta che di *forme* diverse, determinate dalla diversità del campo di esplicazione del diritto, che però esiste in entrambi i casi, identica rimanendo la sostanza.

Con ciò resta evidentemente eliminata anche l'obbiezione

---

lato giuridico, il caso in cui questi mezzi non oltrepassino in genere la cerchia tracciata dalle leggi costituzionali dello Stato, da quella ben più grave in cui intendesi a ristabilire l'impero del diritto unicamente con la forza violenta e materiale, nel quale più non è possibile parlare di legalità.

Del resto, sembraci più remissiva l'opinione manifestata dallo stesso BRUNIALTI nell'ultima sua opera, dove gli parrebbe che la resistenza collettiva legale, al pari di quella individuale, « può rientrare fino ad un certo punto, nel diritto costituzionale ordinario », e dove perciò accede sostanzialmente ai concetti svolti al riguardo dall'ORLANDO (Cfr. *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, vol. II, pp. 1015-1017).

che si può fare contro la base della nostra teorica, la quale non si vorrebbe dire *giuridica*, sol perchè dessa pone, come presupposto alla legittimità dell'ostruzione, uno *stato di fatto* che ne consenta la possibilità del trionfo.

Questo, infatti, potrebbe ripetersi anche a proposito di altre teoriche costituzionali, e di tutte quelle specialmente che al meccanismo del Gabinetto riferisconsi nella duplice serie di rapporti che esso ha, con la Corona da un lato e col Parlamento dall'altro: rapporti cui non è lecito assumere *veste giuridica* se non subordinatamente a certi presupposti di fatto, da' quali sarebbe impossibile prescindere per la loro determinazione.

Ben si sa, poi, che nel *fatto* parecchie forze possono concorrere a limitare od anche elidere l'efficacia del diritto; come, nel caso, sarebbero, ad esempio, tutte quelle svariate ragioni e contingenze politiche per le quali potrebbe erroneamente determinarsi nella minoranza la convinzione che sussista la necessità di ricorrere all'ostruzione come all'esercizio di un diritto: ma non perciò si direbbe che debba perdere efficacia la determinazione astratta del diritto nella minoranza di ricorrervi, allorchè sussistano le condizioni volute.

Poichè, se fosse altrimenti, si dovrebbe pur dire nello stesso modo, che il diritto del rifiuto del bilancio non esista a favore del Parlamento, soltanto perchè di quel mezzo la Camera potrebbesi avvalere per meri scopi di partito o per rappresaglie politiche con danno considerevole delle esigenze supreme della vita fisiologica dello Stato.

In quella vece è da ritenersi, insieme coi più reputati scrittori, che, pur dovendosi astrattamente consentire l'esistenza di codesto diritto nel Parlamento, esso non sorga se non quando, essendo venuto meno a causa dell'arbitrio e degli abusi del potere esecutivo « l'ordine normale e fisiologico del diritto », come l'Orlando lo chiama, si verifichi il concorso degli elementi richiesti perchè la resistenza collettiva possa giuridicamente organizzarsi (1).

Altra dunque è la questione giuridica, altra la questione politica: questa non deve pregiudicare quella, allo stesso modo come la possibilità dell'abuso pratico di un diritto non deve condurre alla negazione del diritto medesimo.

Il riflesso, che l'ostruzione potrebbe essere assunta come un mezzo quotidiano di lotta a scopo di rappresaglie politiche, non deve far sì che alla medesima non si debbano riconoscere i caratteri proprî d'un diritto allora quando si verifichi il concorso delle condizioni volute per esercitarlo; le quali condizioni presuppongono appunto l'esistenza di uno speciale *stato di fatto*, dal quale, nel senso da noi segnato, non sarebbe possibile altrimenti uscire che mediante la pratica di quel diritto.

Nè vi ha, del resto, da partecipare al timore degli abusi, che

1) Cfr. in questo senso l'opera citata dell'ORLANDO, p. 1117.

tanto invade coloro che mostrano d'avere a cuore la dignità del Parlamento. Imperocchè non è a credersi che, allorquando il Gabinetto goda *realmente* la fiducia d'una maggioranza parlamentare compatta ed omogenea, la quale sia validamente sostenuta al di fuori del Parlamento da una vigorosa corrente di favore della pubblica opinione, una minoranza insignificante si attenti a fare dell'ostruzione, che non avrebbe in tal caso scopo veruno.

Che se pure di tanta audacia non mancasse, non si nega, è vero, che la dignità del Parlamento ne scapiterebbe non poco al pari del retto e regolare esercizio delle sue funzioni; ma ciò supporrebbe per ciò stesso una condizione gravemente anormale dello Stato, che spiegherebbe come la minoranza stessa, servendosi del mezzo dell'ostruzione, possa benanco collocarsi al di fuori della sfera del diritto.

In tal caso, lo diremo con V. E. Orlando, « può la sottigliezza astratta del diritto cedere dinanzi le gravi emergenze della realtà: il giurista può e deve riconoscerlo, ma non può l'infinita varietà dei casi prevedere, nè deve la dichiarazione del diritto empiricamente subordinare alle variabili combinazioni della politica » (1).

Per noi, il diritto, nella questione che ci agita, è sufficientemente dichiarato, allorchè si ammette che la minoranza parlamentare possa giuridicamente organizzare la resistenza di fronte al Gabinetto ed alla maggioranza, mercè il ricorso ai mezzi di opposizione ostruzionista, solo allora che concorrano le condizioni volute all'esercizio legittimo della medesima: e cioè, per ripeterci, la necessità assoluta d'una crisi, e l'impossibilità di poterla in altro modo provocare.

In tal modo concepita, l'ostruzione riveste il carattere d'un *diritto politico*, di natura *eccezionale*, come eccezionale nello stesso ordine d'idee è quello della resistenza collettiva legale, e più eccezionale ancora la resistenza collettiva rivoluzionaria: fra questi due poli opposti della resistenza, esso sta in mezzo, epperò come tale vuol essere riserbato ai casi molto gravi. In altri termini, se una graduatoria fosse lecito e possibile di fare in questa materia, si direbbe che lo stato anormale più mite in cui si collochi una nazione, di fronte agli abusi dei pubblici poteri, è la resistenza collettiva legale che è vòlta principalmente contro il Governo: quindi verrebbe la resistenza parlamentare ostruzionista, che è vòlta contro i due poteri, esecutivo e legislativo: infine la rivoluzione, che s'indirizza contro tutti i poteri, perchè intende abbattere la Costituzione.

Dall'opposto vertice dello Stato sarebbe facile ravvisare, con una consimile gradazione, una serie eguale di provvedimenti eccezionali diretti a mantenere integre le esigenze supreme di quello. Infatti, nel Governo parlamentare, si avrebbero da parte della Corona, in linea ascendente di gravità: *a*) la scelta d'un

(1) Ivi, p. 1118.

Ministero extra-parlamentare; *b*) lo scioglimento della Camera; *c*) il licenziamento del Gabinetto; e nel Governo costituzionale in genere: *a*) i decreti-legge; *b*) le leggi eccezionali; *c*) lo stato d'assedio.

In tutti questi casi è evidente che trattasi di tutelare, con mezzi sempre più eccezionalmente gravi, i diritti eccezionalmente e gravemente offesi della nazione o dello Stato, e di rivendicare quella completa armonia che, fra l'una e l'altro, deve ravvisarsi solo allora quando si raggiunga quello *stato di diritto*, senza del quale gli ordinamenti politici non potrebbero vivere sicuri di sè, nè le libertà popolari sentirsi sufficientemente guarentite.

Ed in tutti i casi suddetti vi ha da essere perciò un limite principale entro il quale si contenga la *giustizia* del provvedimento, e che ad esso sia, per dir così, inerente; e questo è infatti il carattere di *eccezionalità* che deve rivestire il provvedimento medesimo, nel senso di non potersi *giuridicamente* rendere applicabile se non nelle circostanze estremamente gravi.

In tal guisa, pertanto, ci sembra d'aver dato un concetto perfettamente *giuridico* della ostruzione, col mettere la nostra teorica a cimento con le più facili e frequenti obbiezioni che essa possa incontrare: e passiamo senz'altro all'ultima di esse, di natura affatto politica.

***

Postochè — si potrebbe ancora osservare e si è di fatto osservato — non sia ragionevole cosa il negare in modo assoluto la possibilità dell'abuso per parte delle minoranze, si dovrà consentire che, ad impedirlo od a reprimerne le manifestazioni, sia legittima l'introduzione di freni speciali nei regolamenti dell'Assemblea legislativa, alla quale non deriverebbe perciò danno alcuno.

Tutti gli Stati — si è detto — dove più prosperano le istituzioni rappresentative, hanno procurato di opporre in tal modo ripari energici alla ostruzione, e basterebbe del resto ricordare gli esempi dell'Inghilterra e degli Stati Uniti, per dimostrare l'erroneità dell'opinione che ritiene quei freni nocivi all'esplicamento degli ordini rappresentativi e delle pubbliche libertà (1).

Ed infatti è vero: fin qui ha certamente una parte di ragione il Sonnino e con lui tutti coloro che si appoggiano all'esempio delle legislazioni comparate, per legittimare il ricorso a qualunque sorta di restrizioni regolamentari dirette a prevenire e reprimere i tentativi di ostruzione. Non havvi, invero, chi ignori come siansi stabiliti e più o meno praticati, nelle Assemblee legislative dei principali paesi, dei freni all'uopo adeguati: quali la limitazione del numero dei casi in cui può essere ammessa la verifica del numero legale, la limitazione del numero degli

(1) Cfr. l'art. citato del Sonnino, p. 303.

oratori sia stabilita preventivamente sia ottenuta mediante la chiusura, la limitazione della durata dei discorsi sia in principio che durante la discussione ed in modo permanente od occasionale, la votazione a termine fisso, la limitazione del tempo per lo svolgimento di ogni ordine del giorno od emendamento, e, come rimedio eroico, la concessione di pieni poteri al presidente per rifiutare una o più delle garanzie stabilite nel regolamento, nei casi di grave e flagrante abuso e quando l'Assemblea non abbia più altro mezzo per difendere la propria libertà di decisione.

Senonchè giova, a questo punto, avvertire che altra è la questione puramente e semplicemente giuridica, che è quella finora trattata; altra la questione politica, dalla quale sarebbe agevole, per chi non si periti di confonderle a vicenda, il dedurre delle conseguenze che possano compromettere la serietà dei principî precedentemente fermati.

A quel modo stesso, infatti, che non sarebbe lecito scambiare la obbiettività di una verità giuridica con la subbiettività degli apprezzamenti politici in genere per condannare sempre ed *a priori* l'ostruzione, sarebbe del pari ingiusto il trarre argomento da quanto noi abbiamo detto per far ritenere l'inopportunità di qualunque riforma regolamentare a causa di ostruzione.

In quella vece, data nel *fatto* la possibilità dell'abuso, *politicamente* parlando non sarebbe in contraddizione coi principî giuridici suesposti il convenire nella eventuale necessità d'introdurre nei regolamenti delle Assemblee legislative, a tutela del retto e regolare loro funzionamento, delle disposizioni che, contemplando i casi più frequenti di abuso, mirassero a mettere in adeguata armonia la libertà della tribuna parlamentare ed i diritti delle minoranze col buon andamento dei lavori e col diritto dell'assemblea di discutere e deliberare.

Ed è proprio su questo punto che tentarono di convergere una buona parte di studi, di discussioni e d'inchieste, dacchè in questi ultimi anni le inaudite violenze esercitate dai partiti estremi non fuori soltanto, ma anche dentro le aule parlamentari, poterono seriamente attirare l'attenzione dei Governi e delle maggioranze in Inghilterra come in Francia, in Germania come negli Stati Uniti ed altrove.

Ma ognuno vede come alla risoluzione pratica del quesito possano e debbano concorrere, per rispetto ai singoli Stati, il complesso di quelle condizioni speciali in cui i medesimi siansi per avventura trovati o si troverebbero in avvenire, e come quindi, in ogni caso, l'esame del problema sia per sè stesso spostato e ridotto ad una indagine d'indole puramente politica, che consisterebbe nel vedere se ed in quanto quelle particolari condizioni debbano determinare la necessità delle riforme suddette, e sino a quale misura debbano le restrizioni condursi, senza offendere le ragioni del diritto, che in buona parte riposano sulle tradizioni nazionali.

Così, oltre a queste tradizioni, esercitano pur sempre per tal

riguardo una efficacia diversamente valutabile la maggiore o minore educazione civile e politica del paese, il potere più o meno sensibile che alla pubblica opinione vi è assegnato, la rispondenza più o meno spontanea o ricercata fra il sentimento pubblico e la volontà delle Assemblee, la diversa configurazione delle parti politiche nelle medesime, come del pari il rispetto maggiore o minore degli uomini politici e della rappresentanza in genere verso i supremi principî dello Stato e le istituzioni fondamentali del medesimo, ed infine la maggiore o minore intensità di riguardo dei Governi e delle maggioranze verso le manifestazioni e le espressioni sincere dello spirito e della coscienza pubblica.

Egli è perciò che, in questa materia, dai casi occorsi e dai sistemi seguiti presso le legislazioni straniere non si possono derivare che degli insegnamenti molto relativi, utili solo in quanto non si pretenda di attingere dai medesimi che una norma generica d'applicazione di espedienti politici in casi e condizioni analoghe, senza però mai elevarla al valore assoluto di una norma giuridica che debba valere per ogni caso.

In base a questi criterî sarebbe lecito bensì, ed anzi doveroso, l'invocare gli esempi stranieri, non escluso quello dell'Inghilterra, che è la terra classica della libertà.

Esso, infatti, a preferenza di ogni altro forse, sarebbe bastevole a dimostrarci come, anche nei paesi ove il Governo parlamentare procede più sicuro sulla propria via, possa esservi talvolta una specie di ostruzione faziosa, condannata o condannabile di fronte alle ragioni del diritto, e che perciò ha potuto e potrà mai sempre determinare e giustificare le più gravi restrizioni alla libertà parlamentare. Tale noi giudichiamo l'ostruzione opposta dal famoso gruppo irlandese ai *coercion bills* proposti dal Gladstone, i quali certo contenevano delle restrizioni di libertà eccezionalmente gravi, ma che avevano un carattere puramente temporaneo e sopratutto erano necessariamente determinate dalle eccezionali condizioni di gravità nelle quali versava l'Irlanda verso il principio del 1881.

D'altronde quello stesso esempio c'insegna come, in quella occasione, non si pervenne alle ben note misure severamente autoritarie adottate dal Presidente dapprima ed a quelle gravemente restrittive del regolamento approvate, su precedente proposta del Gladstone, definitivamente nel 10 novembre 1882, se non quando l'Assemblea si accorse di aver fatto inutile ricorso ai mezzi legittimi di persuasione con l'opporre una invincibile e formidabile resistenza di forze oratorie agli argomenti capziosi del Parnell e de' suoi seguaci, ed il Governo constatò che neppure i primi provvedimenti presi potevano ritenersi sufficienti ad impedire il male: pertanto si procedette gradatamente ed ai più gravi si ricorse solo allora che imperò assoluta la necessità di guarentire in qualsivoglia modo, purchè efficace, l'attività parlamentare, di tanto accresciutasi, come ben disse il Gladstone, per effetto della estensione e concentrazione dell'impero inglese, da

dover rendere addirittura incalcolabili i danni che avrebbe prodotto l'ostruzione, la quale altrove « potrebbe apparire un'inezia o una facezia » (1).

È noto, del resto, che la istituzione della *chiusura*, la quale, come si usa in molti Parlamenti, era stata pure celebrata qual rimedio molto efficace con una convinzione spesso calorosa così dalla tribuna come dalla stampa e che d'altronde era stata adottata provvisoriamente, in forma ridotta e come misura d'urgenza, nella discussione delle leggi di coercizione, non fu accolta definitivamente che molto a malincuore da molti membri del Parlamento, sia perchè in genere ripugnava ad entrare nella via restrittiva dalla medesima tracciata, sia perchè la coscienza inglese mal si adatta a ritenere che i pubblici poteri possano di frequente sconfinare nell'esercizio delle rispettive loro funzioni a detrimento del regolare andamento del Governo parlamentare.

Infine, non deve sfuggire, che, malgrado le proposte allora adottate ed altre non meno severe accolte in seguito nel regolamento, non mancarono in Inghilterra nuovi e recenti casi di ostruzione (2).

Nè altrimenti può avvenire: chè, mentre a debellare gl'insani tentativi ed esperimenti ostruzionisti di una minoranza sovversiva può bastare spesso la efficace ed energica resistenza di una maggioranza bene organizzata, la quale abbia con sè il volere della nazione, per contrario una opposizione ostruzionista, nonostante qualunque argine di riforme regolamentari, finirà sempre

---

(1) Cfr., per le notizie storiche in argomento, l'opera del REYNAERT, *Histoire de la procédure parlamentaire* (V. trad. ital., in appendice al vol. IV della *Biblioteca delle scienze politiche*).

(2) Ecco in quali termini venne inscritta la chiusura negli *Standing orders* della Camera dei Comuni: « Quando lo *Speaker* o il *Chairman of ways and means* in un Comitato, durante una discussione, saranno di parere che la materia venne discussa in modo adeguato e che l'opinione evidente della Camera o del Comitato è « che la questione venga ora presentata (*That the question be now put*) » può farne parte alla Camera o al Comitato; e se allora si propone una mozione: « Che la questione sia posta », l'on. *Speaker* o il *Chairman* metterà subito ai voti questa mozione; e, se è risolta affermativamente, la questione in discussione sarà alla sua volta posta immediatamente; ma la mozione stessa non sarà considerata come decisa affermativamente se non quando avendo avuto luogo un voto per divisione, risulti da questo che era stata appoggiata (*supported*) da *più di* 200 membri, *oppure* che non era stata respinta che da *meno di* 40 membri e appoggiata da *più di* 100 ».

Con questa risoluzione e con quelle altre abbastanza severe che, pure nel novembre 1882, vennero adottate in riguardo alla disciplina parlamentare, speravasi di potere impedire od arrestare l'ostruzione. In quella vece, avvenne che nella nuova sessione parlamentare del 1883 l'ostruzione si sfogò sulla chiusura, alla quale seppe sottrarsi, assumendo una forma più riservata, ma non meno dannosa. Gli *Home-rulers* cominciarono col far durare per quindici giorni la discussione dell'indirizzo di risposta al discorso della Corona; del pari si perdette molto tempo a discutere il *parlamientary oaths bill* presentato in seguito al rifiuto opposto al giuramento dal deputato Bradlaugh; ed infine a discussioni interminabili diede pure origine il progetto sulla corruzione elettorale (Cfr. lo scritto citato in appendice al vol. IV, parte I della 1.ª serie della *Biblioteca delle scienze politiche*, pp. 778-779).

Chi potrebbe poi scordare la ostruzione opposta nel 1893 contro lo stesso Gladstone, che, fattosi radicale nell'ultimo periodo della sua vita politica, voleva ad ogni costo ottenere che venisse concessa all'Irlanda la politica autonomia? Sono troppo note le sedute tempestosissime determinate da quest'ultimo periodo delle lotte ostruzioniste, che condusse, in quella specialmente del 27 luglio, a delle vere scene di pugillato.

per trionfare, purchè sia indirizzata a contrastare o ritardare l'approvazione di leggi o provvedimenti che non siano l'espressione del contenuto della coscienza nazionale.

Ne ammaestri il caso della ostruzione parlamentare, brevemente ma non meno efficacemente apparsa nella Camera belga, nel giugno 1899, ad opera dei socialisti, liberali e democratici cristiani, per impedire l'approvazione della riforma elettorale proposta dal ministro Vandenpeerebon onde assicurare permanentemente la maggioranza al partito clericale dominante. Di fronte a quel progetto di legge eminentemente restrittivo ed illiberale, è noto che la opposizione parlamentare potè trovarsi spalleggiata dal concorso energico della opinione pubblica, la quale, insorgendo con mezzi di carattere insurrezionale e rivoluzionario, riuscì a manifestare luminosamente il proprio consenso con le idee ed i propositi chiariti in seno al Parlamento dalla minoranza ostruzionista, e perciò stesso potè perentoriamente imporsi, obbligando il Presidente del Consiglio ad eleggere una commissione per l'esame delle proposte riforme: il quale esame ebbe un esito sfavorevole al Ministero, costretto perciò a dimettersi (1). Che se anche la maggioranza ed il Governo avessero in quel caso ricorso, ad imitazione del caso ben diverso dello *Speaker* inglese nel 2 febbraio del 1881, ad un vero *colpo di Stato*, non si può davvero prevedere a quali conseguenze si sarebbe pervenuti, postochè la lotta fra maggioranza e minoranza parlamentare si era già di fatto trasformata in una lotta fra il Governo e la maggioranza del paese, lotta nella quale a quest'ultima dovea assolutamente riserbarsi la vittoria, perchè appunto i suoi voleri, che erano quelli stessi della minoranza parlamentare ostruzionista, armonizzavano col diritto, essendo destituito di vero fondamento giuridico un progetto di legge che tendeva ad assicurare esclusivamente gli interessi di un partito a danno di tutti gli altri.

Potremmo del pari ricordare (per non allontanarci da esempi molto recenti) il caso della ostruzione parlamentare verificatosi pure nel giugno 1899 nelle Cortes spagnuole, di fronte ai gravosi progetti di nuove imposte presentati dal ministro Villaverde, e che riuscì anch'essa ad un trionfo definitivo, dopo essere stata vigorosamente sostenuta dalla pubblica opinione, al punto che i contribuenti si erano rifiutati di pagare le imposte medesime.

Ed altri trionfi ancora segnala la recente storia di ostruzioni legittime nel loro fondamento, come quello indirettamente ottenuto dai deputati liberali del Reichstag germanico, di fronte alla legge Heinze presentata nel marzo 1900, ed includente, secondo l'opinione pubblica più colta, in alcune disposizioni una grave minaccia alla libertà dell'arte (2).

---

(1) Ivi, p. 296.

(2) Cfr. GALEOTTI, op. cit., p. 296-297. In quest'opera si contengono delle preziose notizie per rapporto al verificarsi del fenomeno ostruzionista nei diversi paesi (V. tutto il Capo II della parte IV).

Ma non gioverebbe più oltre dilungarsi in codesto genere di casistica: e di confronti, che pur potrebbero farsi delicati in siffatta materia da quanto si è detto finora al riguardo, è legittimo inferire come anch'essa potrebbe, in senso relativo s'intende, lasciarsi dominare dal criterio direttivo di taluni principî.

Voglionsi, cioè, affermare in sostanza, come verità d'indole generali, le seguenti:

a) non è lecito ricorrere ai freni regolamentari restrittivi, a causa di ostruzione, se non quando trattisi di dover debellare una ostruzione di carattere fazioso, od in qualsivoglia modo illegittima;

b) la necessità politica può solo giustificare il ricorso a così fatte restrizioni, nel senso cioè di non doversi le medesime applicare che temporaneamente per ottenere lo scopo e solo dopo avere sperimentato tutti gli altri mezzi ritenuti generalmente più idonei a vincere le minoranze ostruzioniste, guadagnando a sè l'opinione pubblica;

c) inopportuni ed illiberali si ravvisano in genere i freni regolamentari permanenti, i quali, mentre sarebbero inefficaci a vincere una ostruzione illegittima che volesse ricorrere alle forme più aperte di resistenza (1), sono lesivi della libertà delle minoranze, in quanto possono per avventura ostacolare ogni legittima opposizione, sol che la maggioranza, abusando del proprio potere, intenda contrastare ogni più regolare esplicamento dei diritti e dei doveri dell'opposizione;

d) infine, sono da ritenersi per ogni caso preferibili i freni *preventivi* d'indole *morale*, a quelli *repressivi* d'indole *politica* o *giuridica*.

Su quest'ultimo punto gioverà in modo speciale fermare la nostra attenzione.

***

Non v'ha ormai chi non si mostri convinto che il buon andamento del Governo parlamentare si fonda essenzialmente su una serie di concessioni, di transazioni e di temperamenti reciprocamente riconosciuti, nell'esercizio di lor proprie funzioni, fra i diversi organi principali di cui si compone l'intero organismo statuale e tra le parti diverse eziandio di codesti organi.

Allorquando, nella vita dello Stato, non può più ravvisarsi questo armonico contemperamento che ne dovrebbe costituire la nota caratteristica, si dirà ch'esso è passato dallo stato normale fisiologico a quello patologico anormale: ed è in questo secondo stadio appunto, che sorge sovente la necessità politica

(1) Vedasi quanto dice il Morini, nell'opera citata, a riguardo della impotenza assoluta delle misure disciplinari di un regolamento qualunque sia della Camera onde vincere il *violento ostruzionismo*, come egli lo chiama. Vero è per altro, che, con molta comodità, si troverebbero sempre ed in ogni caso applicabili agli ostruzionisti, dopo usciti dalla Camera, le pene sancite dal diritto comune, pp. 224-225, 239 e segg.

di adottare certi eccezionali provvedimenti o di ricorrere a misure estreme di resistenza che, se invece fossero di frequenza praticate, segnerebbero un progressivo annientamento delle vere normali funzioni di Stato.

Occorre perciò, ad evitare codeste crisi della sua vita fisiologica, nell'intento di mantenere inalterato l'impero del *diritto*, contemperare le esigenze di questo con i sapienti dettami della politica, in guisa che tutti i depositarî di un potere qualunque di Stato o di una forza politica o sociale riescano a contribuire all'intento comune, che sempre meglio assicuri e faccia progredire i proprî rispettivi diritti.

Ed è perciò che, nel caso nostro, e Governi e maggioranze e minoranze ed opinione pubblica devono più o meno cooperare *moralmente* e *preventivamente* ad impedire qualunque mezzo estremo di resistenza, il quale, anche se volto alla tutela del diritto, potrebbe indirizzarsi eventualmente ed a lungo andare allo scopo di assicurare il proprio esclusivo vantaggio di chi lo esercita.

Giova, pertanto, a questo fine, che, da un lato, Governi e maggioranze mantengano costantemente il più scrupoloso e sincero rispetto ai limiti assegnati alle proprie rispettive funzioni dalle leggi scritte e da quelle consuetudinarie ed in genere dalla cerchia dei principî fondamentali su cui poggia lo Stato libero. Ma a ciò non si perviene di certo, se non quando si abbandoni il falso concetto che induce spesso le maggioranze a ritenere di dover derivare la propria ragione d'essere, più che dal carattere *rappresentativo*, dalla onnipotenza del numero, la quale invece si trasforma soventi e facilmente in violenza di diritto, se non di fatto. Vi si perviene cioè allorchè la maggioranza attinga la propria forza alla compattezza e solidità di una ragione di programma chiaramente definito a base d'*idee* e non d'interessi individuali, programma, che tutti i componenti abbracci nella comunità del proposito di rispettare le esigenze giuridiche dello Stato e della società, e di rappresentare *veramente* e *realmente* la predominante volontà del paese.

Anche il Governo in tal caso, che della maggioranza parlamentare è emanazione diretta, troverebbe nella coscienza della stessa sua forza morale la base ed il mezzo di resistere a qualunque soperchieria volesse tentarsi da audaci e faziose minoranze: per vincerne e debellarne i tentativi, non avrebbe per ciò bisogno di ricorrere alle più aperte violazioni delle buone norme costituzionali, il cui legittimo impero, d'altronde, vuolsi rendere tanto più sensibile nei momenti tristi e torbidi della vita di uno Stato. Ma poi, se così fosse, molto difficilmente le minoranze stesse avrebbero pretesto a servirsi dei mezzi più gravi ed estremi che possano condurre comunque all'impero del diritto e della legalità. E se pur tuttavia lo facessero, senza poter invocare a propria giustificazione nè la ragione giuridica nè quella politica, allora sarebbe lecito al Governo ed alla maggioranza di ricorrere del pari ai mezzi eccezionali delle re-

strizioni, non senza peraltro aver prima sperimentato, come dicemmo, quegli altri mezzi ordinarî e legali che si ravvisassero più adatti al fine di ridurre la minoranza al rispetto della legge.

A lor volta, le minoranze dovrebbero, entro i limiti segnati alla estensione ed all'uso de' proprî poteri dalla Costituzione, procurare a sè stesse ben più salde e profonde radici nelle classi sociali che intendono rappresentare, di guisa che, con la forza di propaganda ch'è insita nelle idee buone, potessero eventualmente riuscire a ravvivare e guadagnare per sè la coscienza popolare sopita od incerta, per portar sempre nella lotta quella alta idealità e quella poderosa ed invincibile energia che derivano dalla coscienza di rappresentare veramente le ragioni del diritto.

Allora, forse, nessuna forma di maggioranza si attenterebbe a trarre dalla propria forza numerica incitamento a sopraffare le minoranze, col sopprimere senz'altro o almeno sensibilmente diminuire i diritti e le garanzie più essenziali stabiliti a lor favore dalle leggi costituzionali, nell'interesse del retto e completo esercizio, per tutti i componenti la comunità sociale, della vita politica. E se anche ciò accadesse, le minoranze stesse, ricorrendo ai metodi ostruzionisti, si troverebbero nelle apparenze formali meglio rivestite dei caratteri della legittimità e della legalità (tanto meno trascurabili presso quei popoli che, come in ispecie i neo-latini, sogliano a questi caratteri esterni affidare, pur troppo con molta frequenza, il criterio razionale del diritto e da essi dedurlo), appoggiate come sarebbero validamente al concorso vigoroso ed efficace della pubblica opinione, la quale finirebbe di certo per imporre il proprio volere, com'è avvenuto nel Belgio, a quello dei pubblici poteri che avesse tentato o tentasse oltrepassare i proprî limiti.

Così, e non altrimenti, debbono, secondo noi, concepirsi i rimedî d'indole *morale*, ma non meno efficaci perchè semplicemente morali, coi quali alle Assemblee rappresentative sia dato di tutelare il proprio decoro da ogni sorta di eccessi e di abusi, da qualunque parte delle medesime essi vengano.

Ma gli è appunto codesto genere di ritegni e di freni, quello che finora ha fatto difetto alle nostre politiche Assemblee ed agli uomini politici in genere: ed è perciò che in Italia, senza una profonda ed accurata diagnosi che rivelasse le vere cause del male, si pensò, allorchè questo diventò acuto, di correre senz'altro al facile rimedio delle violazioni costituzionali e delle restrizioni, siccome brevemente ed obbiettivamente ci restringeremo a vedere.

***

In Italia, all'opposto che in Inghilterra, è accaduto da un pezzo uno strano fenomeno, che noi avemmo già occasione di rilevare altrove (1).

---

(1) Cfr. *Cinquant'anni della Costituzione italiana*, prolusione (in questa stessa *Rivista*, N. 1 e 2, 1900).

Un Parlamento, cioè, di troppo giovine perchè avesse potuto sviluppare solo gradatamente e misuratamente il senso delle proprie facoltà, si credette bene spesso nel diritto di usurpare le funzioni degli altri organi dello Stato, anzichè tendere a conservare le proprie, e giunse di fatto a strapotere, senza che ne fosse rattenuto dalla forza dell'opinione pubblica, che anzi fu spesso traviata, nè seppe mai esercitare degnamente, appo noi, il proprio ufficio.

Ma ben presto fu fatto accorto, dai suoi stessi eccessi, di essere a mano a mano spodestato di buona parte delle proprie attribuzioni da quello stesso istituto del Gabinetto, che, a maggiore guarentigia di libertà, si volle tratto dal suo seno.

Continua invero e assai funesta è la invasione che il Gabinetto esercita da un pezzo, in Italia, in quelle attribuzioni e prerogative, specialmente col sistema dei decreti-legge, appoggiandosi all'autorità della Corona, cui giunge talora a scoprire.

Nè più v'ha, ormai, una maggioranza parlamentare, che sappia opporre una valida ed energica resistenza: essa invece, determinata com'è dagli interessi del momento più che da una ragione di programma ben definito e sincero, nella speranza d'illeciti favori, cede di continuo alle voglie di codesto istituto, ed alle audaci pretese risponde spesso con voti di fiducia.

Così stando le cose, è naturale che il Gabinetto, in questa marcia progressivamente illiberale, di conquista in conquista, siasi spinto fino al punto di presentare un progetto di riforme statutarie che, ben lungi dallo apparire sufficientemente giustificate da ragioni di politica necessità, significavano invece una evoluzione giuridica in senso inverso, in quanto appalesavano una forte tendenza reazionaria, contraddistinta specialmente dal carattere permanente che le rivestiva (1).

Di tale progetto, senza curarsi gran fatto di dimostrarne all'evidenza la legittimità, posto pure che legittimo fosse, si pretende dal Governo l'approvazione in seconda lettura: e la maggioranza cede ancora, e si appresta a votarlo, come già avea fatto in una prima discussione generale.

La minoranza, rappresentata dall'Estrema Sinistra, organizza l'opposizione ostruzionista: Governo e maggioranza sono impotenti a resistere, e in conseguenza di questo primo periodo di lotta, si spingono a quella enorme violazione costituzionale, che è rappresentata dal famoso decreto-legge del 22 giugno 1899.

Ma l'autorità giudiziaria dichiara il medesimo inefficace: e la lotta si riprende, nel 24 febbraio 1900, nelle stesse condizioni, per degenerare di lì a poco in una vera guerra contro la mozione Cambray-Digny per la riforma del regolamento: ed anche questa volta Governo e maggioranza, non sapendo opporre una efficace resistenza, finiscono per consacrare, nella seduta del 3 aprile,

(1) Cfr. al riguardo il nostro recente lavoro su *La Costituzione italiana nel 1899 e le libertà pubbliche in Italia.*

con metodi eccezionalmente arbitrarî ed anormali, una riforma regolamentare in senso restrittivo, che rimane qual ricordo non lieto di un'Assemblea politica fino allora regolata dalle norme più liberali che i paesi civili conoscessero.

Rimane però un semplice ricordo, perchè è noto come la Camera sorta dalle nuove elezioni si affrettò a revocare quella riforma, così come lo stesso Governo che l'avea provocata, con decreto del 5 aprile avea revocato il decreto-legge del 22 giugno 1899.

In tal modo, gli errori più grossolani s'intrecciano alle debolezze imperdonabili di un Governo che fa vacillare quasi, se la Corona non giunge a salvarlo, il principio di autorità, mentre la stessa minoranza ostruzionista rivelasi impotente a rivestire l'opera propria di una pur semplice apparenza di legittimità, di fronte alla indifferenza assoluta del paese, cui non è riuscita a guadagnare a sè prima e durante la lotta.

Pur troppo, è noto quanto il paese, in Italia, si mantenga estraneo all'azione dei pubblici poteri. E se, presso di noi, il sistema parlamentare funziona molto malamente, è appunto perchè manca affatto o ben poco agisce l'elemento più essenzialmente efficace pel retto andamento di quel sistema, la forza vera e sostanzialmente integrativa delle aspirazioni della coscienza popolare, che è la pubblica opinione. Havvi invece fra il Parlamento ed il paese un distacco tale, per cui mentre quello costituisce ormai quasi un mondo a sè, lontano dall'ambiente in mezzo a cui si svolge ed agita, questo del pari di rado tenta di far penetrare negli atti che si compiono entro le aule parlamentari il proprio sentimento che li inspiri e rettamente li diriga per le vie del diritto.

Epperò, presso di noi, sta il male così da parte del Governo e delle maggioranze, come da quella delle minoranze parlamentari, perchè appunto la sua radice è riposta nella mancanza di una pubblica opinione, vegeta, vigorosa, imperiosa, ch'è frutto della educazione e dei costumi politici del paese.

E questa mancanza è tanto più funestamente risentita e di tristi effetti feconda, in quanto alle correnti spiegate dalla sua forza invincibile dovrebbe la vita politica temperarsi in quei paesi massimamente dove, come nel nostro, l'organo massimo di essa vita si ravvisa nel Parlamento. Le funzioni che questo deve esercitare non possono efficacemente completarsi, se non siano costantemente dirette, sorrette e corrette dalla libera manifestazione della volontà popolare e dello spirito pubblico, cui esso poi deve a sua volta servire di guida e di norma direttiva.

Se tale manifestazione fosse intervenuta in tempo, e con espressioni, come altrove, sensibilmente efficaci, al difuori delle aule parlamentari, di certo non si sarebbe lamentata quella lunga serie di conseguenze che, con una concatenazione logica troppo rigorosa e dolorosa, han dovuto tener dietro, data la viziosa composizione dei nostri parlamenti, alla presentazione dei *prov-*

vedimenti politici. Per lo meno, la ostruzione parlamentare, legittima nel suo fondamento, avrebbe costretto il Governo a cedere in tempo anzichè decidersi a far getto di quel disegno di legge quando già la presentazione del medesimo e la tenacità della pretesa di volerlo ad ogni costo approvato aveano avuto per effetto di aprire delle ferite profonde nella Costituzione: ferite queste le cui tracce non si riesce giammai a cancellare abbastanza sotto il riguardo morale e politico, quando anche possano del tutto scomparire quelle materiali.

Gli è perciò che, in questo che noi abbiamo trattato, come del resto in tutti i problemi del moderno Diritto costituzionale e della scienza politica, per rapporto all'Italia, si è sempre costretti inesorabilmente a ritornare in fondo a quella risoluzione, che costituisce ormai, a giudizio dei più esperti, il *porro unum et necessarium:* il risanamento, cioè, morale e sociale dell'ambiente in mezzo al quale i pubblici poteri deggiono vivere e prosperare — ottenuto a mezzo dello sviluppo graduale, ma incessante della educazione politica popolare — sviluppo che conduce alla formazione di una vera e propria opinione pubblica, la quale, non solo moralmente, ma giuridicamente eziandio o a dir meglio costituzionalmente, valga ad integrare le funzioni parlamentari ed impedirne ogni benchè menomo deviamento.

E se i due diversi periodi della ostruzione parlamentare, presso di noi di recente praticata, fossero davvero riusciti a dimostrare in tutte le classi sociali codesta necessità di risanamento e di rinnovamento dell'ambiente, in guisa da potere legittimamente sperare in un prossimo miglioramento, di certo non dovremmo neppure dolerci delle tristi conseguenze che, per colpa di tutti, sono derivate ad una ostruzione per sè stessa legittima, benchè organizzata da un partito di sua natura sovversivo, che risente ancora del carattere rivoluzionario di quell'antico partito di azione che pur tanto contribuì alla formazione dello Stato italiano.

Ne dubitiamo per altro: ed è perciò che quelle conseguenze ci limitiamo a deplorare, augurandoci che, come sono state cancellate le tracce materiali, possa col tempo scomparire affatto perfino il ricordo di quel triste periodo della nostra vita parlamentare.

***

E qui poniamo termine davvero al nostro studio, lieti di aver potuto, con una serie complementare di considerazioni d'indole politica e sociologica, dimostrare la variabilità della pratica applicazione della teorica giuridica precedentemente svolta intorno all'ostruzione, teorica che, altrimenti, considerata nelle sue apparenze superficiali, poteva anche sembrare una vera e propria eresia giuridica.

Gli è perciò che abbiamo voluto considerare questo fenomeno anche nelle conseguenze con le quali esso manifestossi di recente in Italia, in base beninteso a criteri serenamente obbiettivi e

con esclusione assoluta di quegli apprezzamenti politici d'indole tutta particolare e personale, che per nulla convengono alla elaborazione delle teorie scientifiche.

Che l'indagine politico sociologica debba quasi sempre accompagnarsi a quella nudamente e rigidamente giuridica, nella trattazione dei problemi d'indole costituzionale, riteniamo per fermo che sia cosa indispensabile al maggiore incremento della scienza nostra: ma sappiamo pure come *diritto* e *politica* non debbono giammai confondersi a vicenda, ove non vogliano scambiarsi con troppa facilità due concetti e due specie diverse d'indagine, che la scienza stessa, di quest'ultimi tempi, si è faticosamente curata e studiata di far tenere distinti.

Ed è ciò appunto che abbiam tentato di fare per dimostrare come l'ostruzione parlamentare non possa *a priori* condannarsi in ogni caso, siccome contraria al Diritto costituzionale. In quella vece, essa dovrebbe a questa scienza appartenere; potendo infatti eventualmente rivestire i caratteri della legittimità, non vi sarebbe ragione di escluderla dal novero di quei problemi che si aggirano intorno alla materia, pur tanto complessa sempre e difficile, dei conflitti costituzionali e del diritto di resistenza (1).

Sotto questo riguardo, essa rappresenterebbe un fenomeno conseguenziale di un conflitto giuridicamente irreducibile che venga a sorgere fra il potere governativo ed il potere della pubblica opinione o della volontà popolare, mentre quello abbia con sè la forza del *numero* nella maggioranza parlamentare, questo

(1) Vero è peraltro che se qualche scrittore, anche fra i più illuminati, se n'è dovuto finora occupare, non lo ha fatto che per incidenza e col proposito di ritenere l'ostruzione sempre ed in ogni caso condannabile di fronte al diritto. Così, ad esempio, il nostro GIO. BATTISTA UGO, che nel suo pregevolissimo lavoro sul *Conflitto dei poteri* vi accenna, non destina all'argomento che due brevi paragrafi, per dirci in sostanza come i conflitti nel seno delle Camere dovendo essere risolti dal voto della maggioranza, tanto l'ostruzione quanto l'astensione in massa sono da condannarsi. « Il Governo rappresentativo — vi si dice — è il Governo della discussione e della persuasione, epperò le minoranze hanno diritto di essere pur esse rispettate, che nei regolamenti delle Camere si sanciscano i loro diritti a questo riguardo e che dal presidente siano poscia religiosamente fatti osservare. Ma più oltre non possono spingere le loro pretese; il voler impedire la deliberazione è lo stesso che il volere in determinati negozi imporre la propria volontà; ora nelle deliberazioni non vi è altra via che decidere secondo la maggioranza... Gli è perciò — soggiunge l'egregio autore — che nei diversi Stati esistono disposizioni perchè l'ostruzione sia resa impossibile; ed anche l'Inghilterra in quest'ultimi anni si è andata a poco a poco uniformando a questo ideale (*Digesto italiano*, vol. VIII, parte I, pag. 965).

Dopo quanto abbiamo detto, risulta evidente come un'affermazione di natura così assiomatica non debba sembrare scientificamente sufficiente ad esaurire l'esame della questione da noi trattata, nella quale, col dovuto riguardo ai nostri maestri nella scienza costituzionale, ci è parso di dover portare una opinione contraria a quella che implicitamente, se non in maniera esplicita, avrebbero essi dimostrato di accogliere; poichè del resto, per quanto sappiamo, nessuno di loro si è occupato *ex professo* di questa materia, del tutto abbandonata alle partigiane considerazioni dei politicanti a buon mercato.

Non occorre avvertire che il punto di vista, sotto il quale abbiamo inteso trattare il tema, non ci consentiva di occuparci della letteratura straniera che possa in qualche modo interessare l'argomento, generalmente considerato solo in quanto si riferisce alla necessità di rafforzare, mediante l'introduzione o modificazione di norme regolamentari, la disciplina del Parlamento, e quindi in relazione alla materia vasta e complessa dell'ordinamento interno delle Camere, sotto il riguardo puramente *formale* e piuttosto *politico*, anzichè sotto quello propriamente *sostanziale* e *giuridico*, in base al quale il fenomeno ostruzionista è stato da noi di preferenza studiato.

invece la forza del *diritto* nella minoranza, dalla quale si trovi realmente ed effettivamente rappresentato.

Forze contrastanti in una lotta, da cui la seconda dovrebbe uscire sempre vincitrice, se ad ostacolare questa vittoria od almeno a diminuirne gli effetti non potessero spesso intervenire quella serie di forze o di elementi estranei d'indole affatto politica, che bene spesso finiscono per prevalere, sia pure temporaneamente, come del resto è avvenuto in Italia.

Intanto per noi basterà di avere chiarito così l'importanza che può e deve acquistare lo studio di codesto fenomeno, ove lo si consideri non *formalmente* soltanto, per quanto cioè si attiene all'esame della procedura parlamentare, ma sopratutto nella sua sostanza intrinseca, di fronte al Diritto pubblico.

Ciò è quanto ci eravamo proposti: chè se non vi fossimo riusciti, la colpa non sarebbe da attribuirsi alla mancanza di buon volere e di scrupolosa serenità dell'esame della questione, bensì piuttosto alla difficoltà della medesima, che, sotto questo punto di vista considerata, si trova al caso di dover affrontare i non pochi pregiudizî correnti, per inveterata confusione di concetti giuridici e politici, intorno a questo fenomeno, solo *apparentemente nuovo*, perchè forse non si era ancora presentato con tanta intensità a turbare le discussioni parlamentari.

Ciò non esclude, a nostro modesto avviso, che la questione da noi posta possa essere fra quelle destinate a diventare, data l'indole dei tempi e delle idee democratiche moderne, le più agitabili del nuovo Diritto costituzionale e della scienza politica.

Sassari, gennaio 1901.

A. FERRACCIU.

IL MURO COMUNE

(*Continuaz. e fine — V. N. 5*).

II.

Diritti ed obblighi dei condomini.

Determinati i principii secondo cui un muro s'ha da ritenere comune o no, passiamo ad esaminare, alla stregua degli stessi, i diritti e gli obblighi che ne derivano ai comproprietarii.

Secondo l'art. 548, le riparazioni e le ricostruzioni necessarie del muro comune sono a carico di tutti quelli che vi hanno diritto, ed in proporzione del diritto di ciascuno. Questo è il principio che governa ogni comunione, e da esso ne discendono conseguenze importanti:

1.° Ciascuno dei condomini è obbligato a contribuire alle

spese necessarie e alla conservazione della cosa comune e in proporzione del vantaggio che se ne ricava, e poichè questo è in relazione del valore dell'immobile che è sorretto o separato dal muro comune, così ogni comproprietario deve partecipare nelle spese di conservazione del muro comune in proporzione del valore del suo immobile.

2.° Nessuno dei comproprietarii può procedere alla riparazione e ricostruzione della cosa comune senza interpellare l'altro, per la ragione semplice che *non solus dominus est*; e se l'urgenza e la necessità delle riparazioni son tali da non consentire di por tempo in mezzo per le interpellazioni, è bene, giusta il parere della dottrina e della giurisprudenza, far constatare tali urgenze e necessità dal pretore in contraddittorio dell'altra parte, e se questa non comparisce o si oppone, allora occorre impetrare dal magistrato medesimo l'autorizzazione ad anticipare le spese, salvo ed impregiudicato restando il diritto del rimborso.

L'obbligazione delle riparazioni poi non è per ragione della persona, bensì *propter rem, occasione rei*, in altri termini a causa del diritto di proprietà che i condomini hanno sul muro, il quale se cessasse di esistere, o venisse rinunziato da uno dei comproprietarii, finirebbe l'obbligazione predetta.

Infatti, giusta l'art. 549, qualunque comproprietario di un muro comune può tuttavia esimersi dall'obbligo di contribuire alle spese delle riparazioni e ricostruzioni, rinunziando al diritto di comunione, purchè il muro comune non sostenga un edifizio di sua spettanza. La rinunzia però non libera il rinunziante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui avesse dato causa col fatto proprio. Questo principio deriva direttamente da quello su cui è fondato il diritto stesso di proprietà, inquantochè ciascuno è libero di rinunziare alla sua proprietà per sottrarsi agli obblighi che essa gli impone. Però siffatta facoltà viene dalla legge limitata in due casi:

1.° Quando il muro comune, che si dovrebbe riparare o ricostruire, sostiene un edifizio appartenente al rinunziante.

2.° Quando è sul fatto suo che le riparazioni e le ricostruzioni fossero rese necessarie, poichè in tal caso la sua obbligazione non deriverebbe dall'essere egli comproprietario del muro, bensì dall'opera sua personale, che è stata causa delle cennate riparazioni, dall'obbligo, dirò meglio, nascente da un quasi contratto, al quale ha dato vita mercè il suo fatto illecito, e quand'anche egli rinunziasse al diritto suo sul muro, non resterebbe per ciò stesso sciolto dall'obbligo di partecipare alle spese e al risarcimento dei danni derivati al vicino, come *si reditus amissus est, si abitatores migraverunt*.

Riguardo al primo caso si osserva: che egli non può rinunziare al suo diritto, perchè possiede un edifizio, ma se diroccasse l'edifizio stesso, evidentemente non vi sarebbe nessuna ragione che potesse impedirgli di rinunziare al suo diritto.

Infatti, per l'art. 550, il proprietario, che vuole atterrare un edifizio sostenuto da un muro comune, può rinunziare alla co-

munione di questo, ma deve per la prima volta farvi le riparazioni e le opere che la demolizione rende necessarie per evitare ogni danno al vicino. Però riteniamo che il proprietario per potere rinunziare alla comproprietà del muro divisorio non è punto obbligato di atterrare tutto quanto il suo edifizio, ma basta che egli demolisca quella parte, che appoggia al muro comune, poichè, cessato il vantaggio, cessa la comunione. Come riteniamo del pari che è obbligato all'atterramento dell'edifizio, se vuole che la predetta rinunzia sia valida, non bastando al suo fine la rinunzia dell'edifizio suo. La rinunzia, di cui è questione, può essere parziale o deve estendersi a tutto quanto il muro divisorio? Molti scrittori (1) ritengono che la legge, consentendo ad un proprietario di sottrarsi agli obblighi delle riparazioni in tanto in quanto si rinuncia a qualsiasi profitto che dalla cosa può trarsi, non permette poi che un comproprietario si sottragga all'obbligo che lo grava, conservandone i benefizi che ritrae dalla cosa comune; epperò sono d'avviso che la rinunzia debba estendersi a tutto il muro comune e non già ad una parte di esso. Noi all'opposto partendo dal principio che un articolo del codice non deve, nè può interpretarsi isolatamente preso, bensì in ar monia cogli altri articoli del codice stesso, opiniamo in base all'art. 556 che la rinunzia ad una parte di muro sia valida, purchè si estenda in tutta la sua altezza (2).

Quid se il vicino, al cui vantaggio è stata fatta la cessione del muro, lo demolisce, o non lo riatta lasciandolo cadere per l'azione stessa del tempo? È noto che il proprietario esclusivo di una cosa può farne tutto ciò che vuole, e quindi dal momento che egli su quel muro vanta il diritto pieno di proprietà, può distruggerlo o lasciarlo deperire se così gli aggrada.

Però è da notare che il rinunciante ha abbandonato il suo diritto unicamente per sottrarsi dal contribuire alle spese di riparazione, che doveva fare il vicino e per conseguenza sotto la condizione tacita che siffatte riparazioni fossero state eseguite. Se il muro si fosse dovuto diroccare o altrimenti lasciarlo deperire, non vi sarebbe stata da parte del rinunziante nessuna plausibile ragione di cedere il suo diritto. Dunque, se avveuuta da parte di un comproprietario la rinunzia, l'altro non apporta al muro le riparazioni dovute, la cessione si ritiene come non avvenuta pel principio *condictio causa data, causa non secuta,* e quegli può rivendicare la sua porzione di materiali e di suolo.

Giusta l'articolo in esame la facoltà concessa dalla legge a ciascuno dei condomini di un muro comune di sottrarsi dall'obbligo di partecipare alle spese di riparazione del detto muro, rinunciando al diritto di comunione, è stata unicamente limitata al caso in cui tal muro sosteneva un edificio di sua proprietà: *quid* nel caso di un muro situato in città o nei sobborghi?

Gli scrittori, i quali opinano che l'articolo in esame contenga

(1) Ricci, op. cit., n. 382.
(2) Pacifici-Mazzoni, op. cit., n. 344.

una disposizione tassativa e restrittiva, ragionano presso a poco nel seguente modo. Essi dicono, la legge a questo proposito è molto chiara ed esplicita ad un tempo, essa non riconosce che una sola eccezione per sottrarsi dagli obblighi di riparazione del muro comune, cioè quando questa sostiene un edifizio.

Al di fuori di questa eccezione, la legge assoluta nei suoi termini non ammette distinzione di campagna e di città. Se avesse voluto usare un trattamento diverso, avrebbe potuto dirlo, e nel silenzio non è a noi lecito argomentare il contrario. Coloro invece, i quali credono che per avere un'esatta interpretazione dell'articolo in esame, occorre mettere questo in armonia coll'art. 559, ritengono che la facoltà di cessione accordata dall'art. 549 si limita unicamente a quei muri eretti in campagna. Essi dicono: siccome nelle campagne non è punto obbligatoria la chiusura, così l'obbligo che si ha di riparare il muro comune dipende soltanto dalla comunione del muro; se questa cessa, manca l'obbligazione pel noto principio che *cessante causa cessat effectus*.

Nei sobborghi e nelle città dove la chiusura è obbligatoria, e siffatta obbligatorietà discende dai vincoli di vicinato, non può rinunziarsi alla comunione senza rinunziare allo stato di vicinità medesima. Ora, per rinunziare a questo vincolo che lo lega al vicino e da cui, come fu detto, scaturisce la comunione del muro, dovrebbe rinunziarsi a tutto quanto l'immóbile recinto dal muro stesso. Cosicchè si ritiene che in tali casi non è possibile sottrarsi agli obblighi della riparazione del muro comune cedendo la propria parte del dominio.

Altri, pur venendo alla stessa conclusione, credono che si tratti di due articoli differenti, che non han bisogno di esser messi in armonia prescrivendo due disposizioni diverse. E in effetti l'art. 549 impone l'obbligo ai frontisti della riparazione inquantochè presuppone la sua esistenza; l'art. 559 invece impone l'obbligo ai vicini della costruzione e quindi con più forte ragione quello della manutenzione.

Nel primo caso non importa alla legge, che il muro esista, cosicchè essi son padroni di non costruirlo, o se costruito di lasciarlo cadere; nel secondo caso per ragioni di pubblica utilità preme alla legge l'esistenza del muro divisorio, e per conseguenza impone ai condomini di apportarvi tutte quelle riparazioni che son credute necessarie per la sua manutenzione. Se così non fosse, verrebbe a svanire l'obbligo di costruire il muro divisorio di case, cortili e giardini siti nelle città e nei sobborghi, imperocchè non saprebbe comprendersi quest'obbligo di nuova costruzione scisso dall'altro di manutenzione. E noi ci sottoscriviamo a questa opinione, la quale, senza forzare la legge, dà la migliore soluzione del quesito in esame.

La rinunzia impedisce il riacquisto della comunione? Evidentemente no, perchè colui il quale ha rinunziato al suo diritto, trovasi nell'identica condizione di colui che non ha mai avuto quel diritto; or poichè costui può acquistare la comunione del muro,

non v'è dubbio alcuno che anche colui che v'ha rinunziato possa in seguito acquistarla. L'art. 550 non prescrive una disposizione nuova, ma è invece, come già si è visto, la spiegazione dell'articolo precedente. Finora ci siamo intrattenuti intorno agli obblighi, che scaturiscono dalla comunione: adesso ci proponiamo di trattare dei diritti, che la legge accorda ai comproprietari per effetto della comunione. Giusta l'art. 551 ogni comproprietario può fabbricare appoggiando al muro comune la sua costruzione, immettere travi e travicelli per la grossezza del medesimo, in guisa che dall'altra metà restino cinque centimetri, salvo il diritto nell'altro comproprietario di far accorciare la trave fino alla metà del muro, nel caso in cui egli volesse collocare una trave nello stesso luogo, aprirvi un incavo od appoggiarvi un camino. La prima domanda che sorge spontanea è questa: Tali opere può eseguirle il comproprietario senza il consenso e all'insaputa del vicino?

Dottrina e giurisprudenza sono scisse (1). Noi riteniamo che non può farlo; ma questo consenso non serve già a creare un diritto, bensì a garentire l'esercizio legittimo di esso, inquantochè il diritto al condomino proviene dalla legge; con più forte ragione riteniamo che non si possa costruire alcuna opera all'in-

---

(1) Il Pacifici-Mazzoni, op. cit., così scrive: « Chi vuol fare l'opera di appoggio, immissione o collocamento nel muro comune ha l'obbligo di prevenirlo a tempo debito, perchè prenda tutte le precauzioni necessarie, per provvedere alla salvezza e conservazione della cosa sua, come ad esempio coprire e traslocare i mobili ».

Ricci, op. cit. n. 384 : « Devesi in primo luogo ricercare se il vicino per procedere a siffatte opere abbia bisogno di riportare il consenso dell'altro. Il citato art. 557 dispone in proposito, che uno dei vicini non può fare alcun incavo sul muro comune, nè applicarvi od appoggiarvi alcuna nuova opera senza il consenso dell'altro, e, in caso di rifiuto, senza aver fatto determinare dai periti i mezzi necessarii affinchè l'opera non riesca di danno ai diritti dell'altro. Le espressioni che si leggono in quest'articolo sono, senza dubbio, generali, in guisa che si riferiscono a qualsiasi lavoro che uno dei vicini voglia praticare nel suo esclusivo interesse sul muro comune. In caso diverso non si comprenderebbe per qual motivo la legge dovesse esigere il consenso del vicino per praticare un incavo nel muro comune, e dispensasse dal riportare questo consenso chi vi appoggiasse una fabbrica o v'immettesse una chiave, le quali opere sono di maggior conto e più pericolose per l'altro comproprietario di un semplice incavo. È necessità dunque che il vicino, il quale voglia procedere ad alcuna delle opere sul muro comune, cui per legge ha diritto, interpelli l'altro comproprietario; se questi presti il suo assenso, non havvi motivo di controversia; ma se si opponga, non può l'edificante procedere di suo arbitrio alla esecuzione delle opere, ma deve far determinare dai periti i mezzi necessarii perchè l'opera non riesca di danno al vicino ».

Mourlon, op. cit.: « Tout propriétaire peut, sans qu'il ait besoin d'en prévenir son voisin: Faire bâtir contre le mur mitoyen : y faire placer des poutres ou solines dans toute l'epaisseur du mur, à 54 millimètres près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'*ébauchoire* la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas ou il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu ou y adosser une cheminée ».

L'art. 551 riguarda la costruzione degli stabili sui quali sia necessario l'appoggio delle travi e dei travicelli al muro comune onde sostenerne i varii piani e i tetti, e non può estendersi ai casi preveduti dai successivi articoli 557 e 574, i quali riguardano più specialmente quelle nuove opere che possono riuscire dannose alla proprietà del vicino. Quindi, se per il semplice appoggio della costruzione al muro comune e per la immissione in esso delle dette travi e travicelle non è necessario di chiedere il consenso del vicino, tale consenso è indispensabile, salvo il ricorso all'opera di un perito giudiziale, nel caso di rifiuto, allorchè si tratta di nuove opere le quali possono modificare lo stato della proprietà del vicino, e possono a questa riuscire di danno o di grave incomodo portante diminuzione di patrimonio (App. Firenze, 15 settembre 1897, Lascolfere c. Bichi, *Annali*, 1897, 348).

saputa di lui. Infatti l'art. 557 stabilisce sul proposito che uno dei vicini non può fare alcun incavo nel muro comune, nè applicarvi od appoggiarvi alcuna nuova opera senza il consenso dell'altro, e, in caso di rifiuto, senza aver fatto determinare dai periti i mezzi necessarii, affinchè l'opera non riesca di danno ai diritti dell'altro. Dunque sembraci chiaro non esser necessario il consenso, bastando in caso di rifiuto la designazione eseguita dai periti dei mezzi necessarii perchè l'opera non torni di danno ai diritti dell'altro.

Per l'art. 552 ogni comproprietario di un muro comune può attraversarlo per intiero con chiavi e capichiavi, e collocare bolzoni all'opposto lato per guarentigia della sua fabbrica, osservando però la distanza di cinque centimetri dalla superficie esterna del muro verso il vicino, e facendo le opere necessarie per non recar danno alla solidità del muro comune, salvo il risarcimento dei danni temporanei provenienti dal collocamento delle chiavi e dei capichiavi e bolzoni. Anche queste opere riteniamo che non si possano eseguire all'insaputa del vicino e che ad esse debba estendersi la disposizione dell'art. 557; non è però applicabile il disposto dell'articolo precedente mercè cui il vicino volendo apporre sullo stesso punto un'altra trave ha il diritto di farla tagliare fino a metà del muro. E ciò anzitutto perchè non la troviamo ripetuta nell'articolo in esame, in secondo luogo, perchè puossi facilmente accorciare una trave, ma è pericoloso accorciare una chiave. Chi di tali diritti volesse giovarsi, deve in pari tempo fare le opere necessarie per non recar danno al muro comune; e quando non ostante tutte le precauzioni e il consenso del vicino si verificassero dei danni, l'altro comproprietario ha un'azione per farsi risarcire i danni temporanei provenienti dal collocamento delle chiavi e dei capichiavi e bolzoni.

La legge a proposito di questo risarcimento di danni non fa alcuna eccezione; ma quando essi derivano in occasione delle nuove opere e per effetto di forza maggiore, vi è sempre nel vicino l'azione di risarcimento di danni?

Noi crediamo di no, perocchè non v'è responsabilità per un caso di forza maggiore, e quantunque il proprietario ne avesse prestato l'occasione, pure non può addossarsi a lui il danno derivatone.

Per l'art. 553 ogni comproprietario può alzare il muro comune, ma sono a suo carico le spese dell'alzamento, le riparazioni pel mantenimento dell'alzata superiore al muro comune e le opere occorrenti per sostenere il maggior peso derivante dall'alzamento, in modo che il muro riesca ugualmente solido. In altri termini il comproprietario che fa elevare il muro comune deve: 1.° pagare le spese dell'alzamento; 2.° pagare le spese per la manutenzione del detto alzamento; 3.° costruire le opere ritenute necessarie per conservare la solidità del muro. È logico ch'egli solo deve sostenere le spese dell'alzamento e della manutenzione di esso, poichè della parte elevata egli solo acquista

la proprietà esclusiva, cessando da quel punto di essere comune il muro. E poichè il soprappeso derivante dall'alzamento può apportare un danno a quella parte del muro che resterà comune, così la legge vuole che egli vi costruisca a sue spese tutte le opere occorrenti per sostenere il maggior peso derivante dall'alzamento, in modo che il muro sia egualmente solido.

Va da sè che siffatte opere debbano essere eseguite sul suolo di colui che fa l'alzamento; che se poi occorre dalla parte opposta eseguire qualche sostegno, come a dire una scarpata sul suolo del vicino, allora riteniamo che colui che fa l'alzamento è obbligato di pagare al vicino un'indennità per l'occupazione del suolo.

Il diritto di fare l'alzamento del muro comune noi riteniamo che la legge lo accordi al comproprietario, qualunque sia lo scopo ch'egli si prefigga, non essendo lecito al magistrato indagare il fine, ch'egli si propose di conseguire eseguendo il cennato alzamento.

Non mancano però degli scrittori, ed anche qualche giudicato, i quali opinano che il magistrato può rifiutare siffatta facoltà al comproprietario, quante volte costui non abbia altra intenzione che quella di nuocere al vicino. Essi dicono: la legge in omaggio al principio *malitiis non est indulgendum* non concede diritti al solo scopo di nuocere ad altri, e per conseguenza quando l'alzamento del muro non produce nessun vantaggio a chi lo vuol fare, e invece reca danno al vicino, siffatta facoltà dev'essere negata dal magistrato giudicante.

Noi siamo della opinione opposta; riteniamo infatti, come si disse, che la legge non autorizza il magistrato ad indagare la ragione per la quale vuol farsi l'alzamento, in secondo luogo che *qui jure suo utitur, nemini injuriam facit*, e per conseguenza il danno risentito dal vicino per l'alzamento del muro non impedisce all'altro comproprietario l'esercizio della facoltà concessagli dalla legge (1).

Però è da notare in omaggio al disposto dell'art. 571 che siffatta facoltà viene negata a quel proprietario che vantasse il diritto di comunione su di un muro distante dall'edifizio dell'altro condomino meno di tre metri. In tal caso, checchè si possa dire da taluni scrittori in contrario, a me par certo, che ritenendo la legge nuova fabbrica anche il semplice alzamento del muro, questo non possa farsi senza attenersi alle prescrizioni dalla legge dettate circa la distanza legale che esister deve tra due edifizii. E poichè tale distanza è determinata dalla legge in tre metri, egli è certo, che sotto l'impero del codice che ci regge, ad una distanza minore non possa nè fabbricarsi un muro qualunque, nè tampoco elevarne uno già esistente (2).

---

(1) Decisione 22 luglio 1874 (*Racc.*, XXVII, 1, 42); Decis. 23 giugno 1875 (*Racc.*, XXVII, 1, 813); Decis. 18 gennaio 1875 (*Racc.*, XXVII, 2, 70).

(2) Il diritto al comproprietario del muro divisorio di sopralzarlo non implica il diritto di sopralzarlo in tutti i casi... Nella specie non implica il diritto di erigere il

Quid, allorchè il muro comune da elevarsi non è atto a sostenere l'innalzamento? L'art. 554 in questo caso prescrive al proprietario, che vuol fare l'innalzamento, l'obbligo di farlo ricostruire per intiero a sue spese e sul proprio suolo quanto alla maggiore grossezza, se anche nella maggiore grossezza costruita per avventura da un solo proprietario possa estendersi il diritto di comunione che compete al vicino.

Noi riteniamo che il maggiore spessore del muro essendosi costruito per intiero a spese di un solo, non può altri vantare su di esso un diritto qualsiasi. Se infatti la legge prescrive che dell'innalzamento è proprietario colui che lo fa, è logico inferire che anche dell'ingrossamento è proprietario egli solo. Vero è che il muro nella sua materialità non può dividersi, ma se per caso il vicino volesse giovarsi della maggiore grossezza, dovrebbe anzitutto renderlo comune, pagando la metà delle spese. Allorchè si vuole innalzare il muro, è necessario ch'esso si elevi dello stesso spessore? Certo che no, non essendo questa una condizione imposta dalla legge.

Il comproprietario per giovarsi della facoltà di fare l'alzamento ha egli bisogno del consenso del vicino? La legge nulla dice a questo proposito, mentre per altri casi essa lo ha espressamente prescritto, dunque in omaggio al principio *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, riteniamo che del consenso si possa fare a meno; per altro non vi sarebbe ragione per ammetterlo, quando il proprietario fa tutto a proprie spese e a proprio rischio.

Il capoverso dell'art. 554 dà inoltre un altro obbligo a chi innalza il muro comune. Infatti ivi è detto, che egli è tenuto a risarcire il vicino dei danni, che pel fatto anche temporaneo dell'innalzamento o della nuova costruzione avesse a soffrire. E poichè non è fatta alcuna distinzione di danno, è a ritenersi che il risarcimento debba estendersi tanto ad un danno vero e proprio, quanto a quello derivante dalla cessazione di un lucro. Il vicino che non ha contribuito all'alzamento può acquistarne la comunione? E nell'affermativa a quale condizione? L'art. 555 ci suggerisce la risposta, dando esso il diritto al vicino, che non abbia contribuito all'alzamento del muro comune, di acquistare la comunione pagando la metà di quanto è costato e il valore della metà del suolo, che fosse stato occupato per la eccedente grossezza. Or si domanda, se il vicino, per rendere comune il

---

sopralzo se questo verrebbe a trovarsi a meno di tre metri di distanza da una fabbrica interna del vicino (App. Milano, 7 luglio 1897, *Mon. trib. mil.*, 1898, 255).

Il vicino non ha il diritto d'innalzare il muro divisorio comune, quando al di là di questo trovisi una fabbrica dell'altro comunista a distanza di tre metri. Volendo quindi costruire nuove fabbriche, il vicino deve serbare la distanza di tre metri dall'edificio fronteggiante. Tale distanza va misurata col prendere come punto di partenza, se vi esiste uno sporto, la linea esteriore di esso (App. Trani, 26 marzo 1898, *Rass. giur.*, Bari 1898, 145). Il vicino il quale acquisti la comunione del muro di confine, non ha diritto d'innalzarlo quando al di là di questo muro trovisi una fabbrica del vicino a distanza minore di tre metri (Cass. Roma, 13 settembre 1894, *Foro*, 1-7).

muro, ha da pagare sempre, anco quando il muro stesso fosse deperito, la metà di quanto è costato.

Molti scrittori, e forse non a torto, ritengono che siffatta disposizione suoni ingiustizia, obbligando il vicino a pagare una cosa ad un prezzo superiore al valore attuale. Però bisogna convenire che la disposizione in parola è concepita in termini talmente assoluti da escludere qualsiasi distinzione, e sarebbe teorica oltremodo esiziale quella che autorizzasse l'interpetre ad introdurre distinzioni là, dove il legislatore espressamente non ne volle.

Peraltro il legislatore ha avuto, secondo noi, una ragione valevole per stabilire quella disposizione impedendo la speculazione di un vicino, che pur avendo bisogno dell'alzamento, lo lascerebbe fare all'altro proprietario riservandosi di acquistarlo in seguito a prezzo più vile. Solo a mitigare l'ingiustizia della disposizione, quando si trattasse di muri deperiti, noi riteniamo che se il proprietario che vuol farne l'acquisto, sente subito il bisogno di apportare al muro delle riparazioni, la spesa di queste va detratta dalla metà di quanto esso originariamente ha costato.

La facoltà accordata dalla legge al vicino di rendere comune un muro oltrechè all'alzamento si estende altresì al muro contiguo alla proprietà di lui, purchè lo faccia per tutta l'estensione della sua proprietà, pagando al proprietario del muro la metà dell'intiero valore, ovvero la metà del valore di quella parte che vuol rendere comune e la metà del valore del suolo sopra cui il muro è costrutto, ed eseguendo altresì le opere che occorressero per non danneggiare il vicino.

Siffatta disposizione è stata dalla legge dettata per ragione di pubblica utilità, interessando a tutti che non si perda una porzione di terreno. Quindi non è necessario il consenso del proprietario, perchè la chiesta comunione abbia luogo. Ma un proprietario che per dispetto dietro la domanda di comunione dirocchi il muro proprio è egli obbligato a ricostruirlo?

Molti scrittori sono per l'affermativa, noi all'opposto, in omaggio al principio dell'*utendi* ed *abutendi* riteniamo che egli è padronissimo di diroccarlo e nelle campagne non è tenuto a ricostruirlo, sol perchè il vicino gliene ha chiesto la comunione.

Se per avventura fossero praticate delle luci, nel muro di cui si chiede la comunione, non è questa una ragione sufficiente per legittimare un rifiuto. Anzitutto perchè chi ne fa domanda, non esercita che un diritto assoluto, in secondo luogo perchè il rifiuto stesso sarebbe senza fondamento, potendo il petente appoggiarvi un muro e rendere inutili le luci stesse.

In due soli casi, a nostro modo di vedere, sarebbe legittima l'opposizione, quando cioè il proprietario del muro ha stabilito col vicino una convenzione mercè cui ha acquistato il diritto *ne luminibus officiatur*, e quando quelle luci esistessero da più di trent'anni (1).

---

(1) .... Possono con la prescrizione acquistarsi le servitù d'immetter travi, di

Ma la facoltà di chiedere la comunione di un muro a chi spetta? La legge, come abbiamo visto, la concede soltanto al proprietario di un fondo contiguo al muro; sicchè l'usufruttuario, l'usuario non possono di essa giovarsi, non essendo veri proprietarii, ma possessori temporanei del fondo; all'enfiteuta però, che è domino utile, si ha da estendere la cennata facoltà. Egli però deve essere proprietario di un fondo che sia contiguo al muro; ond'è che se il fondo non è veramente contiguo, il proprietario non avrebbe il diritto a chiederne la comunione. Se si pensa però che lo scopo pel quale il legislatore concesse questa facoltà al vicino fu unicamente per non fare spreco di terreno, egli è chiaro, che con più forte ragione la detta facoltà debba accordarsi a colui, il cui fondo è poco distante dal muro del vicino.

In siffatto avviso noi veniamo altresì interpetrando l'articolo in esame in armonia all'art. 571. Infatti ivi è data facoltà al vicino di chiedere la comunione del muro, anche quando questo non fosse costruito sulla linea del confine, purchè si paghi oltre il valore della metà del muro, anche il valore del suolo, che verrebbe ad essere occupato. Con ciò non s'intende confondere i due articoli citati che sono differentissimi, stabilendo essi disposizioni diverse, come è agevole scorgere dalla semplice lettura, ma riteniamo che la facoltà concessa dall'art. 571 possa estendersi anche al caso previsto dall'art. 556; massime se si pensa che quella facoltà è stata dal legislatore accordata in gran parte per ragioni di ordine pubblico. Infatti interessa a tutti che non si lasci uno spazio inutile, anzi dannoso, potendosi facilmente trasformare in un ricettacolo di immondizie o peggio ancora in un ricovero di malfattori (1).

---

aver veduta da una finestra, da un balcone o da una terrazza, ma non da una parte (Borsari, *Cod. civ.*, V, 2.°, paragr. 1191 e 1192, pag. 687, 688; Laurent, vol. VIII, paragr. 199, pag. 242; Ricci, pag. 448, vol. II).

La mancanza anche di un solo degli elementi che costituiscono la luce di tolleranza (nella specie, vetrata fissa) dà all'apertura il carattere di finestra a prospetto, e quindi impedisce al vicino di chiuderla appoggiandovi la sua fabbrica al muro ove è aperta (Cass. Napoli, 14 aprile 1893, *Foro*, 1, 1226; V. Cass. Palermo, 22 settembre 1891, *Foro it.*, Repert. 1891, voce *Servitù*, n. 44-46; 9 marzo 1893, *Annali*, 1893, 197; Trib. Trani, 29 febbraio 1892, *Foro it.*, Rep. 1892, voce *Servitù*, n. 92). Nella dottrina è prevalente l'opinione che a costituire la luce di tolleranza non sono assolutamente e rigorosamente necessarii tutti i requisiti richiesti dagli articoli 584 e 585 cod. civ., ma che può anche mancarne qualcheduno, senza che per questo si abbia una vera finestra a prospetto (Vedi Ricci, *Corso di dir. civ.*, II, 364; Pacifici-Mazzoni, *Servitù legali*, n. 622, p. 422, e gli autori francesi da lui citati). La servitù di veduta può acquistarsi con la prescrizione, anche se dal finestrino dal quale si riceve la luce sia munita di graticola di ferro ed invetriata fissa, ogniqualvolta non sia ad altezza maggiore di due metri e mezzo dal suolo interno e da quello esterno (Trib. Trani, 29 febbraio 1892, *Riv. giur.*, Trani 1892, 102). Supponi che io abbia acquistato col possesso di trent'anni una servitù di veduta diretta. Se ciò nonostante tu potessi costruire il tuo edificio addosso al mio, evidentemente, sopprimeresti la mia veduta. Puoi edificare nel tuo, ma alla distanza di tre metri. Nè per sottrarti a questa restrinzione del tuo diritto di proprietà, potrai eccepire che la servitù di non edificare nello spazio dei tre metri, non essendo apparente, non poteva stabilirsi colla prescrizione. Tu hai tollerato che aprissi e tenessi per trent'anni la finestra, e mi hai dato così comodo di acquistare il diritto di tenerla. A te non resta che rispettare questo mio diritto ed astenerti da tutti i fatti che gli possono arrecare pregiudizio (Pacifici-Mazzoni, *Servitù prediali*, paragr. 67, p. 120 e 121).

(1) Il vicino, il quale acquisti la comunione del muro di confine, non ha diritto d'innalzarlo quando di là da questo muro trovisi una fabbrica del vicino a distanza

Il vicino può inoltre acquistare la comunione del muro sia in tutto od in parte, purchè lo faccia per tutta l'estensione della sua proprietà. Vale a dire che egli è tenuto a renderlo comune in tutta la lunghezza per quanto si estende la sua proprietà, ma per l'altezza e per lo spessore egli può renderlo comune in tanta parte in quanta lo ritiene opportuno (1). Qui occorre notare che, a nostro modo di vedere, mal a proposito è stata usata dal legislatore la parola *estensione* che denota dimensione di un oggetto in tutte e tre le sue misure, cioè lunghezza, larghezza o spessore, e altezza o profondità; sarebbe stata molto più propria la parola lunghezza, nel cui significato, noi si crede, debba intendersi la parola estensione; altrimenti la disposizione contenuta dall'articolo in esame si rivela contraddditoria.

Nè siamo d'accordo con quegli scrittori e con quei giudicati, che interpretano la parola estensione nel significato di superficie. Imperocchè superficie denota doppia dimensione di un oggetto nel senso cioè di lunghezza e di larghezza, e lo spirito della legge c'induce a rigettare quest'opinione; infatti ivi è detto per tutta l'estensione della sua proprietà, ora si capisce che il muro si ha da fare comune per tanta lunghezza per quanta si estende la sua proprietà, ma non s'intende del pari per tutto lo spessore. Infatti, se, a cagion d'esempio, un proprietario vuol cingere di muri di cinta il suo fondo e da un lato esiste un muraglione

---

minore di tre metri (Cass. Roma, 13 settembre 1894, *Foro*, 1, 7). Il divieto di render comune un muro di edifizio pubblico non applicasi al caso dell'estensione della comunione al rialzamento del muro già comune (App. Catania, 18 settembre 1895, *Giur. cat.*, 1895, 220). Se la venditrice si riserbò la proprietà di un cortile contiguo alla casa venduta, può chiedere la comunione del muro divisorio malgrado che entro il trentennio l'acquirente vi abbia aperto finestre o inferto servitù di scolo o stillicidio, non potendosi la servitù costituire per presunzione o congettura (App. Palermo, 20 aprile 1895, *Foro sic.*, 1895, 202). Per gli articoli 556 e 571 cod. civ., il vicino ha diritto alla comunione di un muro, che, comunque a scarpa e di sostegno del terreno obliquo, sia in pari tempo di cinta e divisorio, trovandosi esso nella base impiantato sul confine dei due fondi. Le additate disposizioni sono applicabili altresì ai muri di costruzione anteriori al 1.° gennaio 1866 (Cass. Napoli, 2 settembre 1895, *Dir. e giur.*, XI, 168; *Mon. trib. mil.*, 1895, 856; *Legge*, 1895, 11, 275; *Annali*, 1895, 516; *Gazz. proc.*, XXVII, 233).

(1) La contiguità implica il contatto immediato ed è esclusa dall'esistenza, tra i due fondi, di una casa intermedia comune (Cass. Firenze, 19 marzo 1888, Del Fabro c. Zongaro, *Legge*, 1888, 1, 582; id. id., 18 febbraio 1887, ditta Chierichetti c. Trigona, *Legge*, 1887, 1, 513). Ma è pur sempre contiguo un muro formato da un pezzo di scoglio lavorato, e però se ne può acquistare la comunione, anche quando non abbia costata alcuna spesa al proprietario (Cass. Roma, 22 dicembre 1880, Arroni c. Montani, *Giur. it.*, 1881, 1, 1, 129 e *Legge*, 1881, 1, 546). Se però il muro comune ha la forma di linea spezzata e quindi forma angolo, si considererà formato di più muri; e però il vicino che voglia edificare non è obbligato ad acquistare che la comunione del solo muro rivolto dalla parte in cui vuole edificare (App. Torino, 21 maggio 1883, Perimoli c. Boni, *Giur. it.*, 1883, 11, 491; App. Genova, 4 giugno 1892, Raffutto c. Quirolo, *Legge*, 1892, 1, 870); se però siasi fabbricato prima di acquistare la comunione la giurisprudenza (in base al principio *frustra petis quod mox restituturus es*) nega al proprietario del muro l'azione possessoria con la conseguente demolizione della nuova opera (art. 694), ma in tal caso il giudice deve assegnare al costruttore un termine per uniformarsi alle prescrizioni di legge (Cass. Firenze, 30 gennaio 1890, Morosini c. Fabris, *Legge*, 1890, 1, 440). Del resto il semplice fatto dell'appoggio. quando ha tali caratteri da far presumere l'intenzione del proprietario del fondo contiguo di acquistare la comunione, basta per far nascere nel proprietario del muro il diritto all'indennità (Cass. Roma, 20 marzo 1894, Vedele c. Rubano, *Legge*, 1894, 1, 649), C. C., illustrato da T. Bruno. V. pure nota 1 pag. 426, nota 1 e 2 pag. 429.

di grosso spessore a sostegno forse di un immenso edifizio, egli, come non ha il dovere di render comune questo muraglione in tutta la sua altezza, così non ha neppure quello di renderlo comune in tutto il suo spessore, egli deve chiederne la comunione soltanto nel senso della lunghezza servendogli a circondare il proprio fondo. Il diritto di acquistare la comunione del muro è assoluto, nel senso cioè che per l'esercizio di esso non si richiede il consenso del padrone. Il vicino ha da fare il pagamento in modo diverso, secondo che egli renda comune tutto il muro ovvero una parte di esso. Nel primo caso egli è tenuto a rimborsare al padrone la metà dell'intiero valore, nel secondo caso la metà del valore di quella parte che vuol render comune e la metà del valore del suolo sopra cui il muro è costrutto.

Questa distinzione è esatta, poichè il vicino deve pagare soltanto la metà di quella parte che vuol render comune e non di tutto il muro, e questo valore dev'essere reale in rapporto al tempo in cui vien compiuta la comunione, e non già in rapporto al suo costo quando è stato fabbricato, o al valore che potrebbe avere, qualora esso fosse stato diversamente costruito. Così alcuno non potrebbe rifiutarsi di pagare una determinata somma corrispondente alla metà del valore del muro per la ragione, che questo se si fosse fatto altrimenti, sarebbe costato di meno; imperocchè il vicino, che adesso domanda la comunione, poteva mettersi d'accordo coll'altro proprietario, quando si costruì il muro e far questo con maggiore economia. Ma se all'epoca della costruzione nulla disse il vicino, il proprietario l'ha costruito nel modo che ha creduto, anco con lusso, ed ora che a lui se ne chiede la comunione è mestieri che lo si rimborsi di una somma uguale alla metà dell'intiero valore.

Ma chi fissa questo valore? Evidentemente i contraenti stessi qualora siano d'accordo e in disaccordo i periti. La spesa dell'estimo va ordinariamente a carico dell'acquirente, poichè è nell'interesse di lui che esso vien fatto, ma se l'acquirente gli ha proposto una giusta offerta e l'altro l'ha respinta, in modo che col fatto proprio ha reso necessario l'estimo, le spese di questo vanno a carico suo che l'ha ingiustamente determinato, a meno che egli non provasse che il rifiuto l'avesse fatto in buona fede e per ignoranza.

Un obbligo imposto dalla legge al vicino che chiede la comunione del muro, è quello di eseguire le opere opportune per non danneggiare il proprietario. Esso è molto chiaro, e non ha bisogno di commenti, poichè il proprietario del muro è obbligato a cedere la comunione domandata, ma non è tenuto a subire per questo fatto dei danni, quindi caso mai occorressero delle opere per prevenire possibili danni, il vicino è tenuto ad eseguirle.

Finalmente nel medesimo articolo è stabilita un'eccezione alla facoltà di chiedere la comunione del muro, ed essa riferiscesi agli edifizii destinati all'uso pubblico, cui non si applica la cennata disposizione. Va da sè, che nella denominazione di « desti-

nati all'uso pubblico » non sono compresi gli edifizii, che rientrano nel patrimonio dello Stato, della Provincia e del Comune, perocchè questi essendo beni in commercio, possono formare oggetto di contrattazioni (1). Se il muro ha dei vizii occulti, colui a cui si chiede la comunione è obbligato a darne garanzia? Secondo noi no; perchè in materia di espropriazione forzata non si è punto tenuti ad offrire cautele per vizii occulti, sicchè caso mai il muro divenuto di entrambi venisse a deperire, l'acquirente non può nulla pretendere da colui che subì l'espropriazione, ed il muro si ritiene come se fosse stato fatto da entrambi di accordo. Se i vizii però sono stati nascosti o taciuti dolosamente da chi fu assoluto proprietario del muro, costui è tenuto colla *actio doli* al risarcimento dei danni ed interessi verso l'acquirente.

La facoltà accordata dall'articolo in esame al proprietario del fondo attiguo al muro, può in qualche caso divenire per lui un obbligo? Ci spieghiamo meglio con un esempio. Tizio possiede un fondo, che da un lato confina col muro di piena proprietà di Sempronio; egli lo cinge dagli altri tre lati di muri ed intanto non chiede a Sempronio la comunione del muro divisorio; riteniamo in questo caso che la facoltà si trasformi in obbligo, e Tizio è tenuto di rimborsare a Sempronio la metà dell'intiero valore del muro divisorio.

Per chiedere la comunione fissa la legge un termine? o, in altre parole, la domanda di comunione è sottoposta a prescrizione? Essa non è evidentemente prescrittibile, perchè trattandosi di un esercizio facoltativo, non si può mai presumere una tacita rinunzia o un abbandono; a meno che su quel muro il proprietario non avesse praticato delle luci, che datino da più di un trentennio, poichè in questo caso la domanda di comunione può essere respinta. Però badisi, che qui non si tratterebbe di inammissibilità di domanda, per opera della prescrizione di essa, bensì per acquisto di una servitù compiuta col mezzo della prescrizione. Le additate disposizioni sono applicabili anche ai muri di costruzione anteriore al 1.° gennaio 1866 (2).

---

(1) Fra questi edifizii si comprendono tutti quelli che procacciano un'utilità pubblica, senza distinguere se appartengano allo Stato, o ad un Comune, se sieno di uso gratuito o no, se sieno accessibili a tutti o ad alcune determinate classi di cittadini. La gratuità, l'universalità e la non interruzione dell'uso bastano, anche isolatamente, ad attribuire ad un edifizio la destinazione ad uso pubblico. In conseguenza, sono da considerarsi come tale un mattatoio comunale (Cass. Torino, 17 dicembre 1891, Comune di Novara c. Paccagnino, *Foro*, 1892, 1, 689); i palazzi regi o le loro dipendenze di carattere monumentale, nonchè le chiese e gli oratorii delle Confraternite (App. Casale, 17 marzo 1884, Mazza c. Confraternita del Carmine di Voghera, *Legge*, 1885, 1, 97). In senso opposto, decidendo cioè che l'uso pubblico implichi il diritto di tutti, suscettibile di essere garentito dal Governo e non già la conseguenza di una mera tolleranza, ed escludendo perciò da questi beni le chiese delle Confraternite da esse per mera concessione e tolleranza aperte al pubblico: Cass. Torino, 21 luglio 1888, Confraternita di S. Barnaba d'Alessandria c. Testa, *Legge*, 1888, 11, 478; Cass. Napoli, 4 maggio 1889, Di Tonna c. Longo, *Legge*, 1889, 11, 776; App. Genova, 10 aprile 1894, Congregazione di carità c. Figoli, *Gazz. gen.*, 1894, 11, 421 (C. C. con giurispr. avv. T. Bruno, pag. 148).

(2) Chi acquista la comunione di un muro a norma dell'art. 556 c. c. non può

L'art. 558 prescrive che non si può ammucchiare contro un muro comune letame, legnami, terra od altre materie, senza prendere le precauzioni necessarie affinchè tali mucchi non possano nuocere con l'umidità, o con la spinta, o con la soverchia elevazione, od in qualunque altro modo. Il che vuol dire che un comproprietario ha la facoltà di ammucchiare contro il muro comune letame od altro, purchè prenda le necessarie precauzioni nel fine della legge; e ciò egli può farlo non solo senza il consenso del vicino, ma anche contro il rifiuto di costui, il quale ha l'azione di rimozione di dette materie e anche di risarcimento di danni per avventura verificati, nel solo caso in cui l'altro comproprietario nel servirsi della facoltà dalla legge accordatagli non abbia preso le debite precauzioni. Questo pare a noi il significato dell'articolo esaminato, dal momento che la facoltà accordata dalla legge al comproprietario non è punto subordinata al consenso dell'altro, ma solo all'obbligo di prendere le necessarie precauzioni.

L'art. 559 detta una disposizione evidentemente eccezionale urtando i principii generali di ragione. Infatti esso dispone che ciascuno può costringere il vicino a contribuire alle spese di costruzione o di riparazione dei muri di cinta, che riparano le rispettive case, i cortili ed i giardini situati nelle città e nei sobborghi. Questa disposizione ha per iscopo di abbellire le città od i sobborghi e in pari tempo di assicurare agli abitanti la propria integrità personale e il loro avere, evitando ai malviventi di profittare della mancanza dei muri richiesti dalla legge per conseguire i loro pravi fini.

Il legislatore pertanto nel dettare siffatta disposizione si è unicamente ispirato ad un pubblico interesse e quindi può essere giustificato, ma ciò non toglie l'eccezionalità della disposizione stessa, che per tal modo va interpretata in senso restrittivo.

L'articolo in esame parla soltanto di quei muri che separano le case, i cortili ed i giardini situati nelle città e nei sobborghi.

---

chiedere la rimozione di manufatti contemplati nell'art. 573 dello stesso codice, sebbene non costruiti alle distanze ivi stabilite, se essi già esistevano al momento in cui il muro divenne comune (App. Milano, 14 luglio 1897, *Foro*, 1, 1074). Ai sensi e per gli effetti dell'art. 556 c. c., il cimitero soppresso continua ad essere edifizio destinato all'uso pubblico finchè non siano trascorsi i termini prescritti pel cambiamento di destinazione e il Comune non abbia dato altra destinazione al terreno, provvedendo al suo dissodamento (App. Milano, 29 dicembre 1896, *Foro*, 1, 369). Non è necessario il pagamento anticipato, nè il concorso del proprietario del muro, per acquistare la comunione del muro stesso (Cass. Palermo, 10 agosto 1897, *Circ. giur.*, 1897, 239). Per il decreto reale del 21 agosto 1851, la facoltà accordata dall'art. 582 delle leggi delle Due Sicilie al proprietario in contiguità di un muro, di renderlo comune in tutto o in parte, mercè i rimborsi di legge, fu dichiarata non applicabile ai muri delle chiese, dei conventi e di ritiri religiosi. Per il vigente codice civile è interdetto l'acquisto della comunione del muro di edifici destinati ad uso pubblico, e di conseguenza anche di una chiesa, specialmente parrocchiale, che è destinata all'uso pubblico del culto religioso (App. Palermo, 4 febbraio 1898, *Circ. giur.*, 1898, 78; *Legge*, 1898, 1, 628; *Gazz. proc.*, 1898, 261; *Filangieri*, 1898, 536; *Mon. trib. mil.*, 1898, 470). Non si può chiedere la comunione del muro di una chiesa a fine di costruire; e neppure può essere concessa e posseduta per destinazione del padre di famiglia. Il sovrainnalzamento di un muro comune non può essere chiesto soltanto per una parte (App. Trani, 25 giugno 1898, *Riv. giur.*, Trani, 1898, 785).

Nasce spontanea la domanda: Perchè il legislatore non si è altresì occupato dei muri di separazione siti nelle campagne? Si è detto che nelle campagne il bisogno di chiusura si fa sentire meno fortemente che nelle città e nei sobborghi, sia per la pubblica sicurezza, sia ancora per l'estetica dell'edilizia. Si è considerato inoltre che la disposizione in sè stessa è eccezionale, e non conveniva estenderla anche alle campagne dove spessissimo il valore dei possedimenti non franca la spesa dell'erezione dei muri. Ma quali sono i caratteri distintivi e differenziali delle città e dei sobborghi? E fin dove questi si estendono? Come si fa in altri termini a determinare il limite che separa le città o i sobborghi dalle campagne? La legge nulla dice a questo proposito; spetta dunque al potere pubblico il fare questa distinzione, e nel caso in cui possa sorgere questione, spetta all'arbitrio prudente e saggio del magistrato il risolverla. Si è discettato, se la designazione di case, giardini e cortili sia tassativa o dimostrativa.

Osserviamo che se si fosse voluto estendere la disposizione in parola a qualsiasi fondo sito nelle città o nei sobborghi, il legislatore si sarebbe giovato di questa locuzione, ma dal momento che egli ha specificato le case, i cortili e i giardini, vuol dire che solo ad essi ha voluto venisse applicata la disposizione di legge, e per conseguenza la designazione è tassativa.

Indi l'articolo in esame si occupa dell'altezza, che debbono avere siffatti muri di separazione e all'uopo prescrive: che essa sarà determinata secondo i regolamenti particolari, ed in mancanza di questi o di una convenzione, ogni muro di cinta o divisorio tra vicini da costruirsi in avvenire a spese comuni sarà dell'altezza di tre metri. Se esistono regolamenti particolari, può la convenzione derogare ai medesimi? Si osserva da taluni che se la convenzione può derogare al codice con più forte ragione essa può derogare ai regolamenti.

Noi all'opposto, partendo dal concetto che i regolamenti s'ispirano ai bisogni locali, non crediamo che la convenzione possa a loro derogare. Perocchè se in un dato sito per ragioni speciali non si sentisse il bisogno di stabilire un'altezza diversa da quella determinata dal codice o non si stimasse necessario di determinare un'altezza, non avrebbero ragione di esistere i regolamenti; ma dal momento che essi esistono vuol dire che ragioni peculiari li hanno creati e una convenzione non può a loro derogare.

Riguardo allo spessore che deve avere tale muro di cinta, nulla ci dice la legge, e quindi riteniamo che il vicino possa essere costretto a contribuuire pel *minimum* possibile.

Se uno dei vicini ha costruito sul suo suolo e a sue spese il muro di chiusura, può costringer l'altro all'acquisto della comunione mercè il rimborso della metà della spesa e del valore del suolo?

Alcuni credono che lo possa, avendo l'*actio negotiorum gestorum*, altri lo negano, perchè la legge autorizza ciascuno a costringere il vicino a contribuire alle spese di costruzione, non

già chi l'avesse costruito di costringere l'altro all'acquisto della comunione.

All'ultima opinione noi ci sottoscriviamo. Secondo l'art. 560, del quale a suo tempo parlammo e vedemmo che con esso il legislatore tronca una grossa questione che si faceva dagli scrittori francesi nel cui testo esso articolo manca, si stabilisce che il proprietario del fondo superiore deve sopportare per intiero le spese di costruzione e di riparazione del muro sino all'altezza del proprio suolo; e in comune la parte del muro che sorge dal suolo del fondo superiore sino all'altezza di tre metri.

Finalmente coll'art. 561 si stabilisce a favore di ciascuno dei vicini il diritto di sottrarsi all'obbligo di concorrere alla spesa di costruzione o riparazione del muro di cinta o divisorio, rinunziando al diritto di comunione. Tale diritto di rinunzia compete in entrambe le ipotesi esaminate nei due precedenti articoli, cioè sia che il muro serva soltanto di separazione, sia che serva di separazione e di sostegno ad un tempo. Anche con questo articolo che non si legge nel testo francese, il nostro legislatore ha troncato una questione molto dibattuta sotto il codice napoleonico, risolvendola in modo conforme all'opinione degli scrittori e dei tribunali francesi.

Avv. Domenico Spadaro.

L'ART. 590 CODICE CIVILE ITALIANO

Sul valore proprio, e sulla forza retroattiva dell'art. 590, al riguardo delle servitù di prospetto, acquisite prima o dopo l'attuazione del codice vigente, le Corti supreme non sono d'accordo, e talvolta opposte fra loro.

Alcune sentenze (1) sanciscono la letterale applicazione di quell'articolo, come al presente così al passato; altre ne mitigano l'applicazione con riguardo parziale ai diritti quesiti, e alle convenzioni intervenute fra le parti; altre infine non ammettono retroattività di sorta in danno dei diritti quesiti, e nemmeno esorbitanza di applicazione ai fatti posteriori alla nuova legge.

Frattanto codesta deplorevole contraddizione, che dura da più di trent'anni, non giova al principio di autorità, regna la confusione, e danneggia gravemente i proprietari; che desiderano una giurisprudenza uniforme e conforme ai principii generali del diritto, colla omogenea interpretazione della legge.

(1) Tutte le sentenze accennate si trovano negli *Annali di Giurisprudenza*, volumi 13, 15, 16, 22, 23.

La dottrina insegna: che la servitù di prospetto comprende di sua natura le altre due servitù: *di non toglier la luce*, e di *non alzare più in alto;* e quindi investe e domina in ogni senso il fondo serviente. Nè può essere diversamente, giacchè ogni fabbrica o piantagione, anche parziali, ledono il prospetto.

Codesta dottrina, che sanziona il rapporto necessario di mezzo a fine, è consacrata dal diritto romano; nelle cui fonti, sempre vive e feconde, si rispecchia il diritto moderno; il quale attinge ancora in oggi dalle fonti stesse lume e norma sicura; dacchè, in fatto di servitù urbane, la legislazione e dottrina moderna v'apportarono poco o nessun contributo.

Dice adunque la legge 11.ª lib. 8.° tit. 2 Dig.: « *qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet; sciet se formam ac statum antiquorum edificiorum custodire debere* »; soggiunge poi la legge 1.ª Cod. lib. 3, tit. 34: « *Si quas actiones adversum eum qui edificium contra veterem formam extruxerit, ut luminibus officeret, competere tibi existimas; more solito per judicem exercere non prohiberis* »: ed aggiunge la leg. 15, ff. Cod.: « *Inter servitutes ne luminibus et ne prospectui officiatur, aliud et aliud observatur, quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad grátiorem prospectum et liberum* ».

È certo del pari in diritto: che la servitù di prospetto, comunque gravosa ed assorbente, come si disse, per sè, e nella sua legittima espansione, non urta affatto coll'ordine pubblico; risolvendosi unicamente e al postutto in vantaggio e peso correlativi di privata proprietà stabile.

È sancita inoltre dall'art. 616 cod. civ. la piena facoltà di stabilire fra le parti *qualunque* servitù, purchè imposta ad un fondo col vantaggio di un altro; e non sia contraria all'ordine pubblico; e dichiara poi nettamente l'art. 21 della legge transitoria: che le servitù *continue non apparenti*, già acquistate al giorno della attuazione del nuovo codice col *possesso* secondo le leggi anteriori, sono conservate; conservata quindi anche la servitù di *non alzare più in alto*, che è correlativa e si immedesima colla servitù di prospetto; e perciò la fa coesistere sì, e come è sorta nella sua origine, senza che la nuova legge la possa colpire.

Dai principii di diritto e dalle disposizioni di legge qui richiamate già sino da ora ne fluirebbe la conseguenza: che l'articolo 590 non può in alcun modo derimere alla servitù di prospetto. Ma siccome le sentenze avverse hanno dato a quell'articolo un senso duro e coattivo al di là, fondandosi sulla pretesa ragione di ordine pubblico; così torna necessaria una ulteriore disamina.

È noto e pacifico in diritto: che il codice, nel regolare le distanze fra i fabbricati confinanti, non è mosso da altra ragione, non mira ad altro scopo, se non che: di provvedere alla igiene e alla sicurezza pubblica e privata; ed in quanto provvedono a questo scopo gli articoli 556, 570, 571, 590, ecc., hanno

ragione di ordine pubblico; da onde la distruzione delle intercapedini, la medianza forzata dei muri, ecc., colla corrispondente limitazione della sconfinata libertà di fabbricare a distanze minime, o a ridosso. Ma all'infuori della specifica ragione pubblica sopra espressa nessuno di quegli articoli può avere forza coattiva di derimere ai diritti quesiti in passato, o a convenzioni diverse stipulate nel vigore del nuovo codice; tanto meno poi l'art. 590 al riguardo del libero prospetto; comunque legittimamente acquistato. Imperocchè codesta disposizione ha per iscopo (lo dicono anche le sentenze avverse) di assicurare non solo il libero prospetto, ma anche la luce e l'aria, che non vuole offesi dalle costruzioni del vicino.

Ammesso però: che la dizione dell'art. 590 ebbe interpretazioni più dure e rigorose; vuolsi qui richiamare alle regole ermeneutiche; le quali, a togliere ogni dubbio, insegnano di ricorrere ai luoghi paralleli, e cioè ad articoli, che trattano la stessa materia; onde, con opportuni confronti coll'articolo in quistione, conoscere la intenzione del legislatore, ed alla stregua della medesima misurare la vera portata dell'articolo stesso; mitigandone la durezza delle parole, coi temperamenti richiesti dallo spirito, come dice la leg. 13, § 2, ff. *de excusat. tut.*: « Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult ». A tale scopo giova perfettamente il raffronto dell'art. 590 (specie) coll'art. 616 (genere).

In questo ultimo articolo, che parla della costituzione delle servitù in genere, la mente del legislatore si appalesa chiarissima: si ammette *qualunque* servitù non contraria all'ordine pubblico.

Ora il *prospetto* è una servitù, che in sè, e nella sua giuridica efficienza, urta in nessun modo l'ordine pubblico; e ciò è eziandio chiarissimo. Ne conseguita quindi: che la costituzione della servitù di prospetto, nella mente del legislatore, è pienamente libera senza restrizione.

Posto ciò, e raffrontando la generica disposizione dell'art. 616 con quella specifica dell'art. 590, si domanda: se la mente del legislatore, nel dettato dell'art. 616, lascia pienamente libera la costituzione della servitù di prospetto; può egli supporsi: che la mente stessa si contraddica e si disdica nella speciale disposizione dell'art. 590, senza una evidente ragione di legge, o quanto meno senza una esplicita dichiarazione restrittiva al riguardo, aggiunta all'uno o all'altro dei due articoli? — No certo. — Su qual fondamento sostenere: che al pieno vigore dell'art. 616 si oppone e fa eccezione l'art. 590; restringendo il prospetto a tre metri; mentre la prima disposizione è troppo chiara, e la seconda nulla dichiara esplicitamente e di positivo in contrario?

Infatti, ed è cosa molto notabile, la dizione usata dal legislatore nell'art. 590 del codice è semplicemente *negativa*: « quando siasi acquistato il diritto di avere vedute.... o finestre a prospetto verso il fondo vicino, il proprietario di questo *non può fabbri-*

care a distanza minore di tre metri, misurata come nell'articolo precedente ».

Da questa semplice proibizione, la quale segna il *minimo* della distanza, volere argomentare e dedurre: che dunque ogni prospetto, che abbia una veduta orizzontale maggiore, regolarmente stabilito a norma di ragione e di legge, sia assolutamente e per sempre vietato; che perciò ogni spazio di prospetto, sia antico o moderno, debba essere ridotto a tre metri di misura, nè più nè meno; è conseguenza questa maggiore della premessa, esorbita affatto la ragione della legge, è incivile, ripugnante allo spirito, alla lettera, al buon senso insomma dell'art. 590. Il quale tocca l'ordine pubblico nel senso di favorire l'igiene e la sicurezza degli stabili, non mai col proposito sottointeso di limitare il prospetto; che, lungi dall'offendere l'ordine pubblico, evidentemente lo favorisce colla maggior aria, luce e distanza.

Nè si può ritorcere l'argomento come hanno fatto alcune sentenze (1) dicendo in sostanza: *la disposizione dell'art. 590 è di ordine pubblico*, fissa tre metri, *dunque la distanza stessa non può variare*. Imperocchè, giova ripeterlo, la conclusione esorbita; la ragione di ordine pubblico proibisce le ostruzioni, che l'offendono; non le espansioni, che lo favoriscono. E non è lecito dare ad un articolo di legge, semplicemente proibitivo del male, una interpretazione contradditoria o di minor coerenza, per impedire un bene; imprimendo alla legge una durezza ed un rigore, che non sono una conseguenza essenziale e logica della legge stessa.

Tanto più quando si rifletta: che l'art. 590, regolando i fatti posteriori alla attuazione del codice, limita la facoltà concessa dall'art. 556; obbligando a rispettare il diritto di veduta. E la indole di tale disposizione dimostra: che a maggior ragione non si vollero offesi i diritti acquistati sotto la fede di leggi anteriori; mentre poi nella mente del legislatore non si intende derimere ai diritti acquistati colla nuova legge.

A questo punto si potrebbe obbiettare: che allora la disposizione dell'art. 590 resterà anche lettera morta. Ciò però non è esatto; perchè la proibizione sancita ha sempre vigore; e la distanza di tre metri può sempre far legge fra le parti, quante volte manchi la prova di un diritto maggiore a favore del fondo dominante in confronto del fondo serviente. Diguisachè l'art. 590 subisce la sorte comune ad altri articoli del codice, riguardanti le servitù stesse, nonchè altri contratti, o rapporti giuridici; le disposizioni dei quali articoli hanno vigore e regolano la materia in mancanza di titoli o patti in contrario intervenuti fra le parti.

In questo senso parla anche una sentenza della Corte di Roma 10 febbraio 1882, richiamata nella nota (1); e la cosa non

(1) Torino, 10 febbraio 1882, est. Secco-Suardi. « Questo diritto (prospetto), in qualunque modo, legittimamente acquistato, è dall'art. 590 protetto soltanto fino alla distanza di tre metri ».

— Roma, 10 giugno 1884. « L'unico effetto retroattivo dell'art. 590 è in ciò: che

è fuori proposito. Imperocchè, alla fin fine, chi potrebbe mai seriamente sostenere il contrario, e cioè: che un proprietario confinante, fabbricando a quattro metri o più dal confine compia un'opera contraria all'ordine pubblico, e quindi assolutamente proibita dall'art. 590? Codesto articolo proibisce di fabbricare a *meno, non a più* di tre metri; ciò è evidente; e quindi nessun dubbio o difficoltà in ammettere: che sia lecito al proprietario stesso di fabbricare a maggior distanza, lecito altresì di convenire al riguardo in confronto dell'altro vicino; e stabilire con esso rapporti regolari di diritto, a norma anche dell'art. 616 cod. civ. Ma ciò che è permesso oggi, non potrà mantenersi ieri, o in futuro?!.....

Così essendo le cose, chiara emerge un'altra volta la conseguenza: che l'articolo 590 nel suo spirito e nella sua lettera non derime punto alla servitù di prospetto acquistata prima o dopo l'attuazione del codice civile italiano.

Per quanto ha tratto alle servitù legalmente acquistate, specialmente sotto le leggi anteriori, i ragionamenti e le conclusioni sino a qui dedotte trovano appoggio in due sentenze della Corte di cassazione di Roma e in un'altra di quella di Torino (1).

Dice la prima: che « i principii del diritto transitorio non permettono che vengano conculcate le *facoltà sorte sotto il presidio di una data legge*, e *divenute un diritto quesito*, quale la nuova legge non poteva non voler rispettato ». La seconda sentenza dichiara: « che l'art. 590 *in quanto contiene novità contrarie* ai vecchi codici, *non potrebbe applicarsi* per vizio di *retroattività;* che proibendo di fabbricare a distanza minore di tre metri, riconosce un istituto antico; e *guarantendo* la servitù di prospetto, *non poteva permettere:* che, in una maniera diretta o indiretta, ne avesse detrimento ».

La terza sentenza proclama: « che le leggi *nuove*, che governano lo stato delle persone e delle proprietà e i rapporti giuridici relativi, *non ponno applicarsi quando urtano* contro un *diritto* legalmente acquisito ».

La medesima Corte di Torino con altre sentenze, emanate negli anni 1881, 1882, 1888, ammette le massime da noi propugnate sulla natura ed espansione della servitù di prospetto; soggiunge anzi: che lo spirito, a cui si informa l'art. 590, « è di *proteggere* e assicurare non solo il prospetto, ma anche la luce e l'aria; diritti, che acquistati per legge, la stessa *non vuole che siano offesi dalle costruzioni del vicino* ». Ma poi, come se la cosa fosse logica, conclude col dire (senza perchè): che l'art. 590 però non protegge la servitù di prospetto libero in tutta

---

in mancanza di convenzione sulla distanza fra i due edifizii, questa sarà regolata dalla nuova, non dall'antica legge, ossia sarà nè più nè meno di tre metri ».

(1) Roma, sentenze: 10 giugno 1884 e 21 luglio 1888. — Torino, sentenza 10 novembre 1886.

la sua efficienza legale; proibendo soltanto di fabbricare a minore distanza di tre metri! (1).

Si ammette: che il potere legislativo ritenga sua attribuzione esclusiva di regolare le servitù legali, come quelle che hanno per fine di secondare i bisogni della sociale convivenza. Quando però i detti bisogni, contemplati nell'art. 590, si estrinsecano e si identificano chiaramente e tassativamente nella difesa della igiene e della sicurezza; allora la proibizione sancita dal detto articolo in tanto ha ragione di ordine pubblico, in quanto provvede ai quei bisogni — impedisce cioè le costruzioni a ridosso offensive dell'ordine pubblico; ma nulla più.

Pretendere che l'art. 590 voglia distrutto o impedito un diritto di libero prospetto a più di tre metri, diritto legittimo senza urtare l'ordine; favoritore anzi dell'ordine, ossia della igiene e della sicurezza; evidentemente non è conforme. E quando si pensi: che tutte le sentenze, dal 1866 ad oggi emanate, contradditorie nell'applicare l'art. 590, sono però tutte concordi nel rilevarne e spiegarne il senso e lo spirito e il fine di *favorire il prospetto*; allora il fatto stesso di volerlo restringere diventa enorme e inaudito!

Alla stregua dei principii del diritto, e colla sana ermeneutica l'art. 590, non solo rispetta i diritti quesiti, ossia le servitù di prospetto stabilite sotto le antiche leggi; ma non proibisce nemmeno di stabilirne di nuove, tutte poi colla loro espansione naturale e legittima, che investe tutto il fondo serviente; perchè il *prospetto* non ha mai offeso e non offende l'ordine pubblico; è invece in certi casi una necessità, è poi sempre utile e anche un commodo che si può stabilire e contrattare liberamente nei termini dell'art. 616 del cod. civ.

Se, per disgraziata ipotesi, la pratica dei giudizii arrivasse al punto di limitare il libero *prospetto* ad una *orizzontale* di tre metri; da quel giorno non si potrà più parlare di principii di ragione e di legge, di giustizia ed equità; ma si dovrà dire: l'arbitrio, la contraddizione e l'assurdo vogliono così; e tanto basta!

Avv. ANNIBALE RICORDI.

RECENSIONI.

MICELI prof. VINCENZO — *Le incompatibilità parlamentari* (Studio di diritto parlamentare). — Estr. dall' *Encicl. giur. ital.*, Milano, Società Editrice Libraria, 1901.

Risponde invero alle più severe esigenze scientifiche questo studio recente del Miceli, nel quale, come in altri parecchi, accanto alla considerazione dell'elemento giuridico, egli ha fatto la dovuta parte a quella dell'elemento politico e sociologico, forse prevalente.

Dopo avere anzitutto con precisione somma delineato la distinzione dei due concetti di *incompatibilità* parlamentare e di *ineleggibilità*, che non tanto nella

---

(1) Torino, 10 febbraio 1882, est. Secco-Suardi.

dottrina quanto nella legislazione si trovano spesso confusi, l'A. procede in un secondo capitolo alla ricerca della genesi storica delle incompatibilità, la quale, secondo lui, dovrebbe vedersi dapprima « in quello stato di conflitto che si rivela nei poteri pubblici » nel periodo in cui i vari organi dell'organismo politico non hanno ancora nettamente definito le sfere delle loro rispettive attribuzioni, e sono quindi o possono essere frequenti le invasioni degli uni nel campo di attività degli altri. Ciò sarebbe dimostrato dalla storia del Parlamento inglese, nel quale per la prima volta cominciò a svolgersi questo istituto, originato dal conflitto fra esso Parlamento e la Corona, di cui seguì poi mano mano le vicende. Con la costituzione poscia avvenuta del governo di Gabinetto, tale conflitto avrebbe assunto un altro aspetto, divenendo in certo modo più intenso e più temibile per l'indipendenza della Camera, condotta a cercare sempre nuovi mezzi di difesa: onde, nel fatto, il sistema delle incompatibilità avrebbe generalmente preso uno sviluppo eccessivo, che tende a diventare sempre maggiore appunto nei paesi retti a governo parlamentare.

Un'altra causa che avrebbe fatto sorgere il concetto ed il sistema dell'incompatibilità sarebbe determinata dai sospetti e dalle gelosie proprie dei Governi e dei paesi democratici, che vedono in esse uno dei rimedi più energici contro i mali del parlamentarismo in genere. Ed infine, e sopratutto, una nuova causa verrebbe offerta dalla crescente estensione delle attribuzioni dello Stato.

Ma poi, tutte queste cause non basterebbero a spiegare il sorgere dell'istituto, se non si tenesse conto di un altro fatto fondamentale collegato con l'evoluzione dei moderni istituti politici, e che consiste appunto « nell'imperfetto processo d'integrazione cui sono andati soggetti parecchi degli organi e parecchie fra le funzioni dello Stato moderno ». Sul qual fatto l'A. si intrattiene di preferenza, per dedurne che le incompatibilità sono sorte « perchè gli organi della rappresentanza, come quelli della pubblica amministrazione, non adempiono bene il loro rispettivo còmpito ».

Per tal modo egli si trova condotto alla ricerca del fondamento giuridico delle incompatibilità. Al quale riguardo osserva, che dallo accennato sviluppo delle attribuzioni dell'organismo politico e dei bisogni sempre più numerosi e complessi deriva un intreccio di svariati rapporti fra il Governo ed i cittadini, che sempre più si sottilizzano, si confondono e diventano mano mano meno chiari e visibili, nonchè eziandio più mobili a misura che il fenomeno si complica. Donde deriva inevitabilmente che le leggi sulle incompatibilità devono diventare sempre meno atte a raggiungere lo scopo cui sono rivolte e devono riguardarsi piuttosto come misure transitorie che come provvedimenti definitivi; quindi, giuridicamente parlando, troverebbero la loro ragione di essere solo fino a tanto che nuovi ordinamenti politici non le rendano addirittura inutili e superflue.

Un altro fatto determinato dalla evoluzione dei rapporti politici e sociali è ciò che potrebbe chiamarsi la *plurilateralità* crescente dell'individuo umano, per cui a misura che i rapporti sociali si moltiplicano e si espandono, si sviluppa ognor più nell'individuo una grande varietà di attitudini e di tendenze, e si moltiplicano quelli che si potrebbero chiamare i vari aspetti della sua personalità, anche nella forma dell'attività politica. Ora, le leggi d'incompatibilità colpirebbero a preferenza quelle classi d'individui dove il lato politico della personalità sarebbe più sviluppato: quindi contrasterebbero con la legge naturale della crescente plurilateralità dell'individuo umano.

Altra condizione cui occorrerebbe di por mente per apprezzare la base giuridica dell'istituto preso ad esame sarebbe il numero delle capacità politiche esistenti nello Stato e delle classi sociali a cui esse appartengono. Nè bisognerebbe trascurare l'utilità che può provenire allo Stato stesso dall'esistenza in un'assemblea politica di certe capacità tecniche, di certe persone dotate di attitudini e di cultura speciale. Infine, l'ultima condizione cui bisognerebbe por mente, sarebbe il grado di specificazione, di integrazione e di sviluppo delle varie funzioni pubbliche: nel che anzi sta principalmente la ragione che si può invocare in difesa delle incompatibilità, come anche la chiave per risolvere la questione, rendendole inutili.

In sostanza, secondo l'A., la ragione giuridica dell'istituto delle incompatibilità varia a misura del variare e della diversa maniera di agire di questi

fatti e di queste condizioni; di guisa che esse non sono sempre giustificate, nè possono sempre giustificarsi nella medesima guisa, o fondandosi sulle medesime cause. Esse sono state rese necessarie dal grado imperfetto di specificazione e d'integrazione dei vari organi politici, rispondono ad uno stadio d'imperfetta evoluzione giuridica, epperò si possono solo giustificare fino a tanto che dura questo stadio d'imperfezione e le leggi e le riforme non riescano a modificarlo.

È questa la parte veramente originale e notevole dello studio del Miceli, il quale procede quindi in altri tre distinti capitoli ad esaminare le tre principali categorie d'incompatibilità: quelle dei funzionarî pubblici, le incompatibilità amministrative, e quelle che con termine generico egli denomina incompatibilità professionali.

In quanto alla prima categoria, dopo di avere tracciato le vicende dell'istituto e le regole che lo disciplinano in Inghilterra, in Francia, nel Belgio, in Prussia, in Spagna, procede all'esame delle diverse leggi che si ebbero al riguardo in Italia, e più specialmente si ferma sulla legge del 13 maggio 1877, rilevando le critiche numerose cui essa diede luogo e sopratutto il carattere di eccessivo rigore cui è inspirata, per esaminare poi separatamente la conseguenza, poco notata sinora dai commentatori di quella legge, della posizione fatta ai funzionarî sorteggiati, che, volendo continuare il loro ufficio di deputato, dànno le dimissioni dall'impiego.

Quanto alle incompatibilità amministrative, le quali sarebbero rivolte ad impedire che il Governo venga trascinato a favorire in modo illegittimo gli interessi locali ed il rappresentante a sua volta indotto a servirsi degli interessi locali per favorire la sua causa, l'A. si affretta a soggiungere che esse, non solo non arrecano alcun rimedio al male, ma forse lo aggravano, creando una categoria d'ineleggibili e d'incompatibili, i quali non potendo operare direttamente nei due campi, il politico e l'amministrativo, operano in modo indiretto per mezzo di amici e di gregarii; onde le coalizioni d'interessi sinistri che si estendono e si rinforzano anzichè restringersi ed indebolirsi. Ed invero, le poche disposizioni legislative vigenti al proposito in Italia non avrebbero opposto che uno schermo molto debole contro i mali derivanti da quell'intreccio d'interessi sinistri fra il Governo e le Amministrazioni locali, per cui l'uno e le altre vengono traviate dalla loro retta funzione.

Identica, se non forse anche più rigorosa, è l'opinione che l'A. porta a riguardo delle leggi d'incompatibilità per affari, le quali, secondo lui, non approdano a nulla, sia perchè non riescono mai ad afferrare il rapporto, sia perchè le persone più interessate all'osservanza di esse leggi sono quelle che meno si trovano in grado d'invigilarne l'esecuzione. Egli poi si ferma più specialmente ad esaminare le incompatibilità di tal fatta in Inghilterra ed in Italia, e si meraviglia che presso di noi si osi invocare una nuova e più restrittiva legge d'incompatibilità a questo riguardo, che, anzichè capace di frenare le corruzioni per affari, riuscirebbe forse efficace nel male.

Infine l'A., in base sempre agli stessi criterî, esamina la questione delle incompatibilità professionali, in ispecie per riguardo agli avvocati ed agli ecclesiastici, sostenendo anche in questo caso non essere molto facile raggiungere l'intento con una legge restrittiva, la quale potrebb'essere elusa in mille maniere. Dimostra quindi di non avere un vero fondamento giuridico tutte le ragioni addotte per l'esclusione degli ecclesiastici, mentre esse potrebbero solo fino ad un certo punto valere per farne limitare il numero: limitazione, per altro, che dovrebbe valere per tutte le altre professioni e classi sociali, conformemente allo spirito della rappresentanza ed al carattere giuridico di un tale istituto, il quale vuole la rappresentanza di tutti gli elementi dello Stato e non di alcuni soltanto.

Riassumendo, egli osserva che le incompatibilità parlamentari non sono che un palliativo, cui si è fatto ricorso per riparare ai numerosi difetti degli attuali sistemi di rappresentanza, e, come tutti i palliativi, esse non hanno valso che a simulare il male, il quale è diventato anzi di giorno in giorno più grave; mentre la radice di esso riposa nell'attuale ordinamento dei sistemi rappresentativi, e precisamente nel loro carattare meccanico ed artificiale, per nulla rispondente ai bisogni della società moderna: onde il rimedio adeguato non potrebbe trovarsi che nella riforma radicale di questo sistema attuata in modo organico: la qual cosa significherebbe rendere pressochè inutile l'istituto delle incompatibilità parlamentari.

Da ciò, peraltro, non gioverebbe il conchiudere ad una immediata abolizione delle medesime: poichè, mentre con ciò si disconoscerebbe « la relatività degli istituti giuridici e l'organico rapporto di adattamento che intercede e deve sempre intercedere fra esse ed il complesso delle condizioni storiche, onde in un dato *momento* e in un dato *paese* è determinato il carattere delle istituzioni politiche », si dimenticherebbe eziandio, che le incompatibilità « trovano il fondamento loro nell'opinione pubblica così disposta a riconoscere in esse uno dei più grandi rimedi contro gli abusi della rappresentanza e il cattivo funzionamento degli istituti parlamentari ».

E tale appunto è la conclusione cui perviene il nostro autore.

Basterà questo rapidissimo cenno riassuntivo per dedurne, quanto nuovo veramente sia l'aspetto sotto il quale il Miceli, di preferenza dominato nei suoi studi dall'indirizzo sociologico, ha trattato e svolto l'istituto delle incompatibilità. Epperò, per quanto si possa dissentire in talune delle opinioni da lui manifestate, non si può non riconoscergli il merito segnalato di avere, in omaggio a quell'indirizzo metodico, dimostrato una volta di più quanto falsa e pericolosa ad un tempo sia l'illusione di tutti i democratici più avanzati, i quali vorrebbero accordare alle leggi più rigorose delle incompatibilità l'effetto miracoloso di una panacea quasi universale pei mali derivati dalla degenerazione del sistema parlamentare.

Per diverse vie è lecito pervenire scientificamente alla conclusione che è stata raggiunta dall'egregio prof. Miceli: qualunque sia in ogni modo la via che vi possa condurre, riconosciamo che quella da lui prescelta merita, di essere seriamente apprezzata, tanto più, in quanto si consideri la eccessiva facilità con la quale, in questa materia così complessa di diritto pubblico e di scienza politica, anche i cultori della scienza si lasciano sovente trascinare ad affermare come canoni indiscutibili della dottrina quelli che non sono se non espressioni incomprese ed inconsciamente ripetute dei demagoghi e dei riformatori a tutta oltranza delle politiche istituzioni.

D'altronde noi avemmo già occasione di esprimere al riguardo le nostre idee scientifiche (Cfr. *Note sulle incompatibilità parlamentari*, nella « Rivista politica e letteraria », luglio 1900).

Sassari, 27 maggio 1901.

ANTONIO FERRACCIU.

VARIETÀ

V Congresso internazionale d'antropologia criminale. — Si terrà, come è noto, ad Amsterdam dal 9 al 14 p. v. settembre. Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rodolfo Laschi, Scipio Sighele e Guido Cavaglieri, anche a nome degli altri membri italiani del Comitato internazionale, si rivolgono agli antropologhi, sociologhi e giuristi italiani invitandoli ad intervenire e presentare qualche osservazione o rapporto.

Le Memorie presentate saranne coordinate in un programma di cui ecco lo schema fondamentale:

A) *Questioni principali:*

1.ª Caratteri anatomici e fisiologici dei delinquenti — Studi descrittivi.
2.ª Psicologia e psicopatia criminale — Delinquenti e pazzi - Considerazioni teoriche - Misure pratiche.
3.ª L'antropologia criminale nelle sue applicazioni legali e amministrative — Principii da seguirsi — Misure preventive — Misure repressive.
4.ª Sociologia criminale — Cause economiche del delitto — Altre cause della delinquenza — Delinquenza e socialismo.
5.ª Antropologia criminale e etnologia comparata.

B) *Questioni speciali:*

Alcoolismo — Delinquenza giovanile — Delinquenza dei vecchi — Ipnotismo — Psicologia criminale nella letteratura, ecc.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

PALERMO, 9 aprile 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Ceravolo — *P. M.* Caruso = Banco di Sicilia c. Fallita Cafisi & C.

1. *La natura civile o commerciale della causa si desume specialmente dalla intestazione degli atti e dal procedimento osservato dalle parti* (1).

2. *Applicazione in tema di perenzione di istanza* (2).

Tutti gli assunti dell'unico motivo di ricorso si concretano in questa proposizione: quando le parti si rivolgono al magistrato civile, senza quistione sul se fosse commerciale l'indole dell'azione istituita e la sentenza da quel magistrato è pronunziata in causa civile, i termini, così per l'appello come per la perenzione, ne sono quelli sanciti pel civile procedimento.

La sentenza pronunziata mosse dalla proposizione inversa che si legge infine del suo ragionamento, enunciato in questi termini: « Il che avvalora il concetto che la legge « per cotesta specie di perenzione ha badato « più alla sostanza che alla forma, nel senso « che, quando la materia del giudizio è com- « merciale, il termine per la perenzione è « ridotto alla metà, qual termine è più con- « forme all'indole delle controversie ».

Di tal che, la dimostrazione che questa ultima proposizione non è conforme alla legge, implica che sia esatta l'affermazione del ricorrente, e che perciò si debba accogliere il ricorso. Invero la quistione che ora si agita è stata più volte da questo Supremo Collegio decisa nei termini espressi nel detto ricorso, e non vi è nelle argomentazioni della sentenza denunziata alcun influente motivo per indurlo a differente giudizio.

Anzi in coteste argomentazioni della sentenza vi è da notare altresì la contraddizione, in quanto da prima sembra di avere accettato il principio che i termini vadano commisurati alla forma del giudizio che le parti hanno adottato, e su questa linea la Corte di merito si soffermò a discutere i singoli atti, ma alla fine conclude nei termini sopra trascritti, che sono del detto principio la negazione.

In cotesta negazione sta la violazione della legge, cioè dell'art. 338 c. p. c. Imperocchè quando l'attore nell'atto di citazione adisce il magistrato civile senza spiegare che intenda implorarne le funzioni commerciali ed il convenuto non fa su di ciò veruna quistione, anzi intesta al magistrato civile le sue conclusioni (Tribunale civile di Girgenti, causa civile sommaria, è questa la intestazione della comparsa Peirce), e quando ancora il suddetto magistrato non eleva d'ufficio alcuna difficoltà all'oggetto, e la sentenza emette in causa civile (la intestazione della sentenza in questa causa è: Il Tribunale civile del Circondario di Girgenti ha reso la seguente sentenza nella causa civile sommaria), nessuno può dubitare che non sia lecito ad alcuno dei contendenti poi muovere questione appunto nel momento in cui il suo avversario ha bisogno di una norma onde regolare la sua difesa, sia nel produrre appello e sia nell'usare diligenze per interrompere la perenzione.

Glielo vieta il quasi contratto giudiziario, e la sentenza del magistrato la quale deve sortire i suoi effetti in tutto il contenuto, fino a tanto che non fosse riformata nei superiori gradi giurisdizionali.

Si vuole a quest'ultimo argomento tratto dalla sentenza obbiettare che l'intestazione della medesima è opera della cancelleria, ma pure trasandando l'osservazione che il magistrato nel firmarla si deve accertare della sua completa regolarità, rimane sempre vero che la cancelleria non opera a capriccio nella suddetta intestazione, ma la desume dalle concordi comparse delle parti,

(1-2) V. in arg. da ultimo A. Brescia, 27 novembre 1900 in questo *Filangieri*, 1901, 223, col richiamo.

dal registro prescritto dall'art. 214 reg. gen. giud., nel quale registro è assegnata una colonna per indicare se la causa iscritta a ruolo sia di natura civile o commerciale. Non è adunque lecito sconoscere il valore della detta classificazione delle sentenze, una volta che si trova fatta in conformità della legge.

Ma infine se si potesse questa norma evidente, legale e sicura obliare nel decidere dei termini, eguali requisiti non presenterebbe la norma che le si vorrebbe sostituire, cioè l'indole della materia controversa.

Imperocchè sulla detta indole, cioè se sia civile o commerciale la materia dedotta nei singoli giudizi, ancor si contende nella giurisprudenza in rapporto a molti rincontri. Ed allora per la mancanza dei necessari requisiti, anche logicamente questa norma che la Corte di merito accettò, si deve ritenere non esser tale.

—

PALERMO, 21 marzo 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Pallone — *P. M.* Gionfrida = Catti c. Gallo.

1. *Il decreto di ammissione provvisoria al gratuito patrocinio per ricorrere in cassazione non può essere rilasciato dal presidente della Commissione presso la Cassazione stessa* (1).

2. *Il presidente della Commissione del gratuito patrocinio può ammettere d'urgenza e in via provvisoria al beneficio soltanto il convenuto e non l'attore* (2).

3. *È quindi irricevibile il ricorso per cassazione fatto in tali condizioni* (3).

L'art. 521 cod. proc. civ. che dispensa dal deposito la persona ammessa al beneficio dei poveri per ricorrere in Cassazione, è seguito dall'art. 523 il quale esige che in luogo del certificato di deposito si notifichi all'altra parte, in uno al ricorso, il decreto di ammissione al beneficio suddetto, e ciò nel termine stabilito per ricorrere. Tale decreto poi, per l'art. 13 delle disp. del gratuito patrocinio trattandosi di giudizi avanti la Corte medesima, e solo nei casi urgenti e salvo le ulteriori determinazioni della detta Commissione, può essere rilasciato dalla Commissione presso la Corte d'appello nel cui distretto fu emanata la sentenza che dà luogo al giudizio di Cassazione.

Essendo così pel testo della legge, è giuocoforza dedurre che il presidente della Commissione presso il Supremo Collegio non ha la podestà di ordinare ammissioni provvisorie e di urgenza in pro dei ricorrenti, le quali, se pure ordinate, non possono spiegare efficacia ai fini della dispensa dal deposito.

E ciò è tanto più vero, in quanto che dall'art. 18 è stabilito potere in genere i presidenti delle Commissioni, nei casi di urgenza, concedere l'ammissione alla parte citata, il che maggiormente esclude potersi del pari concedere a colui da cui parte la citazione. Non essendosi in ispecie notificato altro al Gallo che l'illegale certificato provvisorio del presidente della Commissione, e non pure il posteriore decreto di conferma, la conseguenza vuole essere quella di dichiarare il ricorso inammissibile.

(1-3) Sulla seconda e terza massima, v. in senso conforme, da ultimo, Cass. Napoli, 3 luglio 1899 in questo *Filangieri*, 1900, 129 col richiamo.

—

TORINO, 12 marzo 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Massazza — *P. M.* Garelli = Barbera *utrinque*.

1. *È valido il* compromesso *sopra un'azione civile nascente da reato* (1).

2. *Gli arbitri che con una sentenza interlocutoria, regolarmente resa esecutiva dal pretore, abbiano ordinata una prova testimoniale, possono dare tutti i provvedimenti per l'assunzione della medesima, senza bisogno di farli rendere pure esecutivi a norma dell' art. 24 c. p. c.*

La Corte d'appello ebbe anzitutto ad affermare, nella impugnata sentenza, come i contraenti, coll'atto di compromesso del 14 luglio 1899, conferendo agli arbitri da essi nominati l'incarico di giudicare delle questioni in quell'atto indicate, ebbero a devolvere loro il giudizio su dette questioni in quanto avevano il carattere di questioni civili ed esclusivamente nei limiti del loro interesse privato, risolventesi sempre in domande *hinc inde* di somme di denaro.

Si interpretò dunque quell'atto, e di fronte a tale interpretazione, incensurabile in questa sede, niun dubbio che per il combinato disposto dell'art. 1766 c. c. ed art. 8 c. p. c. debba ritenersi infondato il mezzo sovra proposto.

E di vero, se pel citato art. 8 non si possono compromettere le quistioni di stato, di separazione fra coniugi e le altre che non possono essere transatte; se per l'altro art. 1766 c. c. si può far transazione sopra un'azione civile, che provenga da un reato, ovvio è il conchiudere come detta azione possa pure formar obbietto di compromesso, siccome non compresa nel divieto di cui al predetto art. 8.

(1) Cfr. da ultimo Lessona, *Manuale della proc. civ.*, n. 25, p. 26.

La transazione però, e così pure il compromesso, non possono essere di ostacolo al procedimento per parte del P. M. (art. 1766, capov.); ed in tale ipotesi (e così pure quando, nel caso di compromesso, sorga un fatto dante luogo ad azione penale) ad impedire che un'identica questione possa formare obbietto di un doppio giudizio, è stabilito dall'art. 19 c. p. c., in relazione all'art. 31 c. p. p., che gli arbitri debbano sospendere il loro verdetto e rimettere le parti avanti l'autorità giudiziaria competente.

Il compromesso sarebbe dunque valido, e ne verrebbe soltanto sospesa la sua attuazione.

Nè diversa potrebbe essere la pronuncia pel caso in cui all'atto della stipulazione del compromesso si fosse di già intentata l'azione penale. Vero che per l'art. 4 c. p. p. l'esercizio dell'azione civile deve sospendersi quando siasi di già intentata detta azione penale; ma da ciò si potrà bensì dedurre la necessità di una sospensione del giudizio arbitrale finchè non siasi definitivamente deciso in detta sede penale; ma non già un legale motivo per annullare un compromesso; essendo questo un contratto con cui le parti dichiarano bensì di compromettere in arbitri le loro controversie, ma che non puossi confondere col posteriore giudizio arbitrale, a cui dà origine, e che non ne è che la conseguenza.

Ciò premesso, constando come al 14 luglio 1899, giorno in cui si addivenne al compromesso di che trattasi, si fosse di già emanata la ordinanza del giudice istruttore colla quale, dichiaratosi non luogo per alcuni reati, si erano rinviati i coniugi Barbera al giudizio del tribunale pei soli reati di appropriazione indebita e di truffa; constando pure come per detti due reati si fosse di già pronunciato e nei termini sovra espressi (ossia di non luogo e di assolutoria), allorchè si addivenne all'instaurazione del giudizio arbitrale, dovevasi necessariamente conchiudere: essere valido il compromesso e non essere neppure il caso di fare luogo ad alcuna sospensione.

Non si violarono dunque le disposizioni di cui agli art. 8 e 19 c. p. c., 4 e 31 c. p. p. e 1766 c. c.

Niun dubbio poi che sia del pari infondata l'altra censura per violazione degli art. 296, 308, 309, 316 c. p. c., che dispongono e dànno norme pel falso civile, nonchè degli art. 360, 361 stesso codice per difetto di motivazione in ordine a detto falso, dacchè querela pel fatto medesimo non venne punto proposta.

Non regge neppure siasi violato l'art. 6 citato c. p. p., non constando si versi nelle ipotesi di cui in detto articolo, sì da rendere impossibile l'ulteriore esercizio dell'azione civile; mentre poi la relativa prova sarebbe stata indubbiamente a carico di chi avesse pretesa l'applicabilità a suo favore dell'articolo stesso.

Da ultimo non è da omettersi che nella specie, se pei limiti in cui erasi ridotta la imputazione a seguito dell'ordinanza del giudice istruttore, era dato di recedere, almeno in parte, dalla querela, nulla certo poteva ostare si avesse pure a compromettere per l'azione civile e convenire, anche recedendo poscia dalla querela medesima, non si avesse a tener conto dagli arbitri dell'emananda sentenza; dacchè, dovendosi in essa aver riguardo all'intervenuta rimessione, ossia al detto recesso, non poteva dare norma alcuna per danno.

Infondato è dunque il I mezzo sotto tutti gli aspetti e devesi conseguentemente respingere.

Per violazione degli articoli 17, 18, 24, 50, 182, 209, 248, 360, nn. 6 e 9, 361 n. 2, 362 c. p. c., per avere la Corte ritenuto i due provvedimenti degli arbitri 17 dicembre 1899 quali semplici provvedimenti d'istruttoria per la esecuzione delle prove, ed avere quindi respinte le domande di nullità dei medesimi, dipendenti dal non averli gli arbitri depositati in cancelleria.

Al riguardo si osserva che, ordinatasi una prova testimoniale, non si può negare al giudice delegato ad assumerla ogni facoltà necessaria alla sua esecuzione.

Le molteplici disposizioni del codice di procedura civile relative ad essa prova non sono che un'applicazione di quel principio, e lo è pure quella dell'art. 243, per cui il giudice può d'ufficio fare le interrogazioni opportune per meglio chiarire la verità, e può anche, dopo che i testimoni hanno deposto, porli in confronto fra loro.

Vero che dai provvedimenti di esso giudice potrà ammettersi in alcuni casi reclamo a superiore autorità; ma ciò non esclude che, per trattarsi di mera istruttoria, li possa intanto emettere.

Quelle disposizioni poi, dettate pei giudici ordinari, non vi sarebbe motivo per non applicarle nei giudizi arbitrali; dacchè in entrambi havvi lo scopo di riconoscere ed accertare, per quanto possibile, il vero.

Ciò premesso, se ne deve dedurre che, pronunciatasi dagli arbitri una sentenza colla quale siasi ammessa una prova testimoniale, dichiaratasi la sentenza stessa esecutiva con decreto del pretore, non si possa diniegare all'arbitro od arbitri delegati ad assumere quella prova le facoltà necessarie alla sua esecuzione; epperciò i provvedimenti, che all'uopo venissero dati, non sarebbe punto necessario si avessero a rendere a lorovolta

esecutivi con altro decreto del pretore, dacchè già lo sarebbero in forza del decreto precedente.

Non è dunque fondato il mezzo sovra proposto, dacchè nella specie, come fu ritenuto in sentenza e come non può disconoscersi, non tratterebbesi che di provvedimenti dati per la esecuzione della prova ed anche per confronti fra testimoni, provvedimenti che si potevano quindi eseguire senza d'uopo di ulteriore deposito e di decreto, salvi gli eventuali reclami in merito che fossero ammessi dalla legge.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

PALERMO, 11 marzo 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Pallone — . *M.* Caruso = The Anglo Sicilian Sulphur Company Limited c. Borghese e Albo.

1. *Per gli effetti dell'art. 708 c. c., basta che il proprietario di cosa mobile ne sia stato privato per mezzo di qualsiasi spogliazione dolosa* (1).

2. *Deve ritenersi quindi* derubato *colui il quale, avendo acquistato tutto il materiale estraibile da una miniera venga a conoscere che una parte del materiale estratto fu dal proprietario della miniera venduta ad un terzo* (2).

3. *Il proprietario della miniera non può in tal caso considerarsi commerciante che faccia pubblico smercio del materiale estraibile, a sensi e per gli effetti di cui all'art. 709 c. c.* (3).

4. *Conseguentemente, il terzo acquirente di buona fede del materiale già venduto, deve subirne la rivendicazione senza alcun diritto al rimborso del prezzo che gli è costato* (4).

(1-4) Riguardo all'estensibilità dell'art. 708 c. c. ad ipotesi diversa da quella del furto proprio, v. nel senso della sentenza, che è però vivamente contrastato dalle nostre Corti: Cass. Firenze, 9 dicembre 1890, Bartalini c. Giannelli e Santucci (*La Legge*, 1891, 1, 730); A. Genova, 13 gennaio 1879 (*Filangieri*, 1879, 2, 127). In senso contrario: Cass. Roma, 1.° febbraio 1898, De Vicchis c. Massara (*Foro it.*, 1898, I, 186); 13 gennaio 1898 Gatti c. Merone (*Corte Supr.*, 1898, 2, 388); 9 gennaio 1896, Com. di Selargius c. Banca di Genova (*La Legge*, 1896, 1, 220). — Cass. Napoli, 28 febbraio 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, 789); A. Firenze, 11 aprile 1878 (*Filangieri*, 1878, 3, 192). V. pure Squitti, *Proprietà*, nella *Enciclopedia giuridica*, p. 229.

Per quanto è dell'eccezione dall'art. 709, nella specie la decisione della C. S. ne lascia qualche dubbio. Il proprietario della miniera che fa smercio dei suoi prodotti è senza dubbio un commerciante: come tale egli si rivolge al pubblico per la vendita del materiale che estrae; e il non essere esposta al pubblico la miniera non ne sembra argomento bastevole ad autorizzare la conclusione cui è giunta la Corte.

La principale lagnanza che muove la Società ricorrente contro l'impugnata sentenza è quella di avere falsamente applicata alla specie la disposizione dell'art 709 c. c. mentre doveva soltanto applicare i combinati articoli 439 e 708 detto codice e dispensarla conseguentemente dall'obbligo di provare la mala fede del Borghese.

Nella sua prima parte la sentenza riconobbe che la Società Anglo-Siciliana nel caso avesse dimostrato che lo zolfo in questione proveniva dalla miniera.... L. Domenico, vincolata alla stessa, avrebbe avuto diritto a rivendicarlo in virtù dell'art. 439, perchè dal momento dell'estrazione di esso i venditori divenivano per patto semplici depositari, però nella seconda parte soggiunge che non tutti i produttori della Sicilia avevano venduto i loro zolfi alla Società, e che in conseguenza mancando la presunzione che il Borghese acquirente sapesse la provenienza illegittima, bene era stata posta a carico della Società la prova della mala fede di lui, perchè vero di avere l'art. 708 accordato in ogni caso il diritto di rivendica al derubato, ma l'art. 709 un tal diritto limita « fra l'altro nel caso che l'attuale possessore abbia acquistato da un commerciante che di simili oggetti faccia pubblico smercio, ed effettivamente in massima, come tale poteva ritenersi un'esercente miniera ».

Ora dall'assieme di questa motivazione ben si rileva di avere il Tribunale effettivamente applicato in ispecie, ed invano si nega dal controricorso, il disposto dell'art. 709, evitando così di attenersi a quanto erasi dedotto alla base dell'art. 708, ed inoltre si rileva di avere falsamente applicato il suddetto art. 709 sia nelle sue condizioni essenziali sia nelle sue conseguenze in relazione alla disposta prova.

Difatti se non è a sconoscere che l'art. 709 per la più facile trasmissibilità dei beni mobili abbia dato al possesso di buona fede dei terzi l'effetto stesso del titolo per modo che al proprietario resta in questo caso fuorclusa la via alla rivendica, invece quando trattasi di cosa smarrita o derubata, il proprietario può ripeterla da quello presso cui la trova, ed a questi non resta altro se non dirigersi per indennità contro colui dal quale l'ha ricevuta.

Soltanto se il terzo possessore abbia comprato la cosa smarrita o rubata nelle condizioni dell'art. 709, egli ha diritto di ottenere dal proprietario che la rivendica il rimborso del prezzo che gli è costata, ma benchè in questo caso egli abbia in suo favore la presunzione specifica più attendibile della sua buona fede egli non può essere ammesso altrimenti ad ostacolare l'azione di rivendica sopradetta. Se così è, ed è così perchè è il testo

della legge che siffattamente dispone, non si sa anzitutto comprendere a che si fosse potuto arrivare colla prova disposta, quando pure il detto art. 706 per avventura fosse stato applicabile. Però tale articolo in ispecie non era affatto applicabile in quanto che se in via veramente eccezionale, contro il principio dell'art. 709, si è stimato conforme ad equità ammettere la rivalsa del prezzo di costo in favore del compratore soltanto in determinati casi in cui la sua maggiore diligenza non avrebbe potuto premunirlo contro le sorprese dell'illegittima provenienza, tali casi appunto perchè eccezionali non possono estendersi, quando pure una certa analogia chiaramente esistesse.

Ma nel riscontro anche l'analogia mancava stantechè una cosa è il comprare in fiera, in pubblico mercato, in una vendita pubblica o da un commerciante, che fa pubblico spaccio di oggetti simili, casi questi espressamente determinati dalla legge, altra cosa è il comprare zolfo nella miniera che non è luogo pubblico nè esposto al pubblico, e comprarlo da chi accudisce alla produzione, nel quale caso è molto agevole sapere se colui che vende abbia ovvero no la libera disposizione della merce.

Era dunque male applicato nella specie l'art. 709, e peggio poi fu fatta precisione (*sic*) delle legittime conseguenze derivanti dalla implicita applicazione dell'art. 708.

Si è notato che il Tribunale non ebbe a dubitare qualmente lo zolfo estratto dalla miniera Vico S. Domenico ed acquistato dalla Società rivendicante ivi fosse rimasto a titolo di deposito, onde non si attendeva che la prova della supposta appropriazione da parte dei depositari, il che avrebbe reso innegabile la distrazione dolosa del deposito, e nello stesso tempo nè utile nè necessaria la disposta prova della mala fede dell'acquirente.

Nè può dirsi, come col controricorso, che anche in questo caso il Tribunale non avrebbe potuto applicare l'art. 708 non trattandosi di furto propriamente detto, per cui si sarebbe dovuto provvedere a termini dell'art. 707 e venire alle stesse conseguenze alle quali il Tribunale venne.

È vero che la distinzione tra furto proprio ed improprio in relazione al detto art. 708 mantiene tuttora scissa la dottrina e la giurisprudenza, ma questo Supremo Collegio ritiene non conforme a legge tale distinzione, e ritiene che la parola *derubata* e la parola *cosa sottratta,* le quali si leggono in detto articolo ed. in quello successivo, anzichè avere il significato specifico e tecnico di cui in materia penale, abbiano il significato generico della *res furtiva* del romano diritto, la quale comprendeva ogni dolosa spogliazione, compresa la distrazione del deposito.

La ragione è tutt'una, sia che la cosa provenga specificatamente dal furto, sia che provenga dai reati congeneri, come la truffa, l'appropriazione indebita e simili, e quando pure per condizioni subbiettive l'impronta del delitto penale manchi. E tale ragione in tutti i casi non è altra che quella di tutelare la vittima della spogliazione, astrazione fatta se la cosa di cui essa sia stata privata si fosse trovata nel suo materiale possesso, o presso colui che la deteneva in suo nome.

Che anzi dall'essersi ammessa la rivendicazione anche della cosa smarrita, quando pure ciò fosse potuto dipendere da incuria, rendesi chiaro che la legge, nel contrasto tra il diritto di colui che per dolosa sottrazione in genere o per dispersione ha perduto la cosa sua ed il fatto di colui che l'ha acquistata in buona fede, ha voluto che il diritto del primo sempre prevalga, perchè è anche d'interesse generale che il compratore di cose mobili non trascuri cautele ed indagini in quanto alla legittimità del proprio acquisto.

—

FIRENZE, 11 marzo 1901 — *Pres.* Cesarini — *Est.* Massari — *P. M.* De Andreis = Medici-Tornaquinci c. Ricasoli-Firidolfi.

Le sentenze non appellabili rese in giudizio esecutivo non sono denunziabili per cassazione (1).

Il tribunale di Grosseto, in seguito all'aumento del sesto fatto dal barone Giovanni Ricasoli-Firidolfi, addì 26 giugno 1900 lo dichiarò aggiudicatario della tenuta di Grancia espropriata in danno del marchese Alfredo Medici-Tornaquinci. E contro questa sentenza ha prodotto ricorso la marchesa vedova Chiara per violazione degli art. 674, 675, 682, 56, 707 c. p. c., in relazione all'art. 517 n. 1 e 3 stesso codice.

L'acquirente ha eccepito la inammissibilità del ricorso trattandosi di sentenza non soggetta ad appello a norma dell' art. 702 n. 4 c. p. c.

Per il disposto degli articoli 517 del c. p. c. e 123 dell' ordinamento giudiziario soltanto la sentenza pronunziata in grado di appello può essere impugnata col ricorso per cassazione.

Sebbene la sentenza di vendita possa es-

(1) Cfr. da ultimo, per analogia di ragionamento, ma in senso contrario, Cass. Torino, 18 gennaio 1901 in questo *Filangieri*, 1901, 198 colla nota di richiami.

sere a sua volta appellabile quando abbia pronunziato sopra incidenti per cui sia ammesso l'appello, nel caso la sentenza del 26 giugno 1900 proferita dal tribunale, non fu affatto impugnata in secondo grado, perchè pronunziò semplicemente la vendita in seguito all'aumento del sesto.

A prescindere dall'unanime opinione della dottrina e della giurisprudenza su tale tesi, il contenuto dell'art. 517 è chiarito altresì da quello dell'art. 586 c. p. c. sardo, che consentiva il ricorso in cassazione contro le sentenze pronunziate « in ultima istanza ». Sicchè la sostituzione delle parole « pronunziata in grado d'appello » alle altre testè riportate, addimostra che si volle rispettare il doppio grado di giurisdizione, e negare il ricorso per cassazione alle sentenze pronunciate unicamente in prima istanza.

Quindi questo Supremo Collegio non può occuparsi del merito del proposto ricorso.

P. q. m., dichiara inammissibile il ricorso.

—

PALERMO, 9 marzo 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Stranieri — *P. M.* Gionfrida = Comune di Aragona c. Nastri.

1. *Il medico nominato da un Comune per un periodo di tempo inferiore a tre anni e che allo scadere del termine sia stato nominato una seconda volta e abbia prestato servizio per un altro periodo di tempo il quale, aggiunto al primo, completi detto periodo di tre anni, non può profittare dell'unione dei due periodi di tempo agli effetti della propria stabilità, qualora la deliberazione comunale contenente la seconda nomina sia stata annullata dall'autorità superiore* (1).

2. *Il medico comunale può nel contratto di assunzione rinunziare al beneficio della stabilità che gli deriva dall'art. 16 legge suddetta* (2).

Per l'articolo 16 della legge 22 dicembre 1888 sull'igiene e sanità pubblica si prescrive che: la nomina dei medici e chirurghi stipendiati dai Comuni fatta dal Consiglio comunale, dopo tre anni di prova, acquista carattere di stabilità.

Compiuto il triennio, il Comune non può licenziarli che coll'approvazione del prefetto sentito il Consiglio provinciale di sanità.

(1-2) La sentenza della Corte d'appello di Palermo, ora annullata dalla Cassazione siciliana, si legge in questo *Filangieri*, 1900, 710. Noi stiamo colla Corte di merito e contro il magistrato supremo, che, a parer nostro, ha trattato la grave questione con troppa disinvoltura. In argomento può vedersi la nostra nota alla decisione 2 febbraio 1899 della Cass. di Firenze in *Filangieri*, 1899, 520.

La Corte di merito con l'impugnata sentenza ritenne in fatto che il dott. Giuseppe Nastri, con deliberazione del Consiglio comunale di Aragona 18 sett. 1890, fu nominato medico condotto di quel Comune per la durata di 15 mesi, cioè dal 1.° ott. 1890 al 31 dic. 1891 coll'annuo stipendio di L. 3000.

Successivamente con nuova deliberazione dello stesso Consiglio 26 sett. 1891 fu confermato medico condotto pel periodo di altri sei anni dal 1.° genn. 1892 al 31 dic. 1897.

E questa deliberazione poi venne confermata in seconda lettura con altra deliberazione 7 maggio 1892, con la condizione però che il dott. Nastri per atto pubblico avesse dichiarato di rinunziare alla stabilità della nomina, a cui pel continuato servizio per tre anni avrebbe potuto aspirare, ed a questa condizione si sobbarcò il Nastri mercè lo stipulato 28 agosto 1892.

Ritenne, infine, la Corte che le deliberazioni 26 sett. 1891 e 7 maggio 1892 suddette furono annullate con d. r. 31 maggio 1898.

Data questa posizione di fatto il concetto espresso dalla Corte di merito, che cioè il Nastri aveva acquistato il diritto alla stabilità di medico condotto del Comune di Aragona, perchè possedeva la nomina in virtù della prima deliberazione 18 sett. 1890, la quale sebbene era limitata al periodo dei 15 mesi, cioè dal 1.° ott. 1890 al 31 dic. 1891, ciò nulla influiva, perchè difatti il dott. Nastri continuò nell'esercizio del suo ministero per oltre tre anni, è un concetto evidentemente erroneo in diritto.

La deliberazione del 18 sett. 1890 cessò di pieno diritto d'ogni efficacia giuridica collo spirare del termine in essa stabilito, cioè al 31 dic. del 1891, ed il Nastri avrebbe potuto forse continuare di fatto, e per tacita annuenza del detto Comune, a prestare l'opera sua di medico condotto in base alla suddetta deliberazione se non vi fosse stata una nuova nomina, un nuovo impegno tanto da parte del Comune di Aragona quanto da parte del dott. Nastri.

Ma, nella specie, dopo la deliberazione 18 sett. 1890, e tre mesi prima che scorresse il termine di 15 mesi in essa stabilito, il Consiglio comunale di Aragona procedeva ad una nuova nomina del dott. Nastri con le deliberazioni del 26 sett. 1891 e 7 maggio 1892, con le quali lo confermava nel suo ufficio di medico condotto per sei anni a cominciare dal 1.° genn. 1892 (cioè dopo spirati i 15 mesi stabiliti con la prima deliberazione 18 sett. 1890) fino al 31 dic. 1897.

Il Nastri quindi, se dopo il 31 dic. 1891 continuò nell'esercizio del suo ministero di medico condotto del Comune di Aragona per oltre un triennio, non continuò in virtù della deliberazione 18 sett. 1890, e per tacito con-

senso del Comune, ma per effetto della nuova nomina conferitagli con le posteriori deliberazioni 26 sett. 1891 e 7 maggio 1892.

Coteste due deliberazioni manifestano chiaramente che il Comune di Aragona, se pure avesse potuto estendere gli effetti della deliberazione 18 sett. 1890 ad una maggiore durata di tempo di quello in essa designato, non lo volle, perchè una nuova nomina conferì al Nastri con le suddette deliberazioni 26 sett. 1890 e 7 maggio 1892, e quindi il tempo posteriore al 31 dic. 1891 non può collegarsi più alla deliberazione 18 sett. 1890, che già era venuta meno, ma alle dette deliberazioni del sett. 1891 e maggio 1892.

Ora, se non si dubita, e lo ammette la stessa Corte di merito, che queste due ultime deliberazioni riguardanti la nuova nomina di Nastri a medico condotto per la durata di sei anni, furono annullate col decreto reale 31 marzo 1898, torna evidente che il Nastri, tuttochè avesse esercitato per oltre un triennio il suo ministero di medico condotto del Comune di Aragona, non aveva diritto alla stabilità di tale ufficio perchè gli mancava il titolo di nomina come condizione necessaria richiesta dall'art. 18 legge sulla pubblica sanità.

La Corte di merito adunque che ritenne il contrario cadde nella più flagrante violazione della legge.

Ed un altro non meno grave errore commise la Corte di merito quando ritenne che, essendo il carattere di stabilità della nomina dopo il triennio di prova sanzionato dalla legge per una esigenza di ordine pubblico, non è permesso eluderla mercè transazioni tra i Comuni ed i medici, e che nella specie essendo stata annullata la deliberazione del 7 maggio 1892 con la quale era stata imposta al dott. Nastri la rinunzia al diritto della stabilità, venne meno, e restò annullata la sua adesione consentita con lo stipulato del 28 agosto susseguente.

Innanzi tutto si osserva che, sebbene la stabilità del medico condotto sia determinata da una ragione d'interesse pubblico, rimane sempre di un interesse privato del medico di avvalersene. Infatti l'invocato art. 16 della legge sulla pubblica sanità di sopra trascritto nei termini in cui è concepito, pone la stabilità come un vantaggio del medico, ma non restringe affatto la libertà del suo consentimento.

Cotesta disposizione regola gli effetti della nomina, ma non gli effetti di una convenzione tra Comune e medico, e molto meno può regolare gli effetti della sua nomina per ciò che concerne la durata.

Senza il consenso del medico non potrebbe al certo il Comune privarlo dal beneficio della stabilità, ma dato il consenso è la convenzione che deve regolare i rapporti giuridici tra Comune e medico condotto quando nessuna disposizione di legge lo vieta.

Ora se nessuna legge vieta al medico condotto di rinunziare alla stabilità cui potrebbe pretendere dopo la prova di un triennio nell'esercizio del suo ministero, torna evidente che il Comune di Aragona era nel suo pieno diritto di licenziare il dott. Nastri allo spirare del sessennio dall'ufficio di medico condotto di quel Comune, perchè ciò fu convenuto col contratto stipulato nel 18 agosto 1892.

Se dunque il dott. Nastri non aveva diritto alla stabilità di medico condotto del Comune di Aragona, sia perchè mancante di nomina in quanto che il triennio di prova metteva capo alla deliberazione consiliare 7 maggio 1892 che venne annullata, e non già a quella del 18 sett. 1890, che cessò di avere effetto collo spirare del 31 dic. 1891, e sia perchè nei precisi termini del cennato contratto del 1892 egli rinunziava alla stabilità, la Corte di merito, che ritenne il contrario, cadde nella violazione e falsa applicazione delle disposizioni di legge invocate, e perciò il ricorso del Comune va accolto e la sentenza impugnata deve essere annullata.

—

TORINO, 8 marzo 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Taglietti — *P. M.* Garelli = Sacco c. Società Ligure-Brasiliana.

Lo sciopero *anche parziale di alcune miniere carbonifere, per quanto non impedisca assolutamente la continuazione del lavoro, deve ritenersi un caso di* forza maggiore *che autorizza tanto i produttori quanto gli importatori a non eseguire i contratti di vendita da essi già stipulati* (1).

Per essere rimasto impregiudicato ogni ulteriore giudizio sull' esito della intiera prova ammessa, potè benissimo la Corte di Genova, senza punto offendere l'autorità della cosa giudicata, ed anzi rendendo alla medesima omaggio, ritenere che la Società Ligure Brasiliana colla duplice sua difesa aveva proposto due questioni:

1.° Se, cioè, lo sciopero di Cardiff costituisse per sè stesso un caso di forza maggiore atto a rendere risoluti i contratti passati tra essa e la ditta Sacco per le consegne mensili cadenti nello sciopero nei sensi previsti dall'art. 1226 c. c.;

2.° Se, quanto meno, non avessero a ritenersi risoluti gli stessi contratti per effetto

(1) La sentenza, ora confermata, 1.° febbraio 1900 della Corte d'appello di Genova, si legge nel *Monitore dei Trib.*, 1900, pag. 416.

della clausola di risolubilità dipendente da sciopero, che in ogni contratto è consuetudinalmente sottointesa, come potè benissimo ritenere, anche apprezzando in modo incensurabile in questa sede la prima sentenza del tribunale, le seguìte prove testimoniali, che si poteva lasciare da parte la prima questione, se cioè fosse rimasto provato che lo sciopero di Cardiff sia stato tanto importante pel commercio del carbone in Genova da costituire per sè stesso, indipendentemente da qualsiasi clausola di contratto, un caso di forza maggiore nel senso dell'articolo 1226 c. c., questione che non era neppure il caso di esaminare, e che era predominante la seconda questione, da sola risolutiva di ogni contestazione, la quale questione potè infine anche la Corte stessa, senza violazione alcuna di cosa giudicata, decidere in base all'apprezzamento ed all'esito delle prove testimoniali in favore dell' assunto della Società Ligure-Brasiliana.

Quanto ora si disse basta pure a confutare l'affermazione fattasi nel I mezzo, che il tribunale abbia ammesso la prova dedotta dalla Società predetta solo in quanto potesse costituire *prova contraria* al tenore del notificato del vice-console di Cardiff, constatante la continuata lavorazione delle miniere Cambriann e Fernhill (lavorazione, che per far parte tali miniere del distretto carbonifero di Cardiff, assieme a molte altre, non avrebbe in ogni caso escluso lo sciopero parziale nelle altre più numerose miniere, nè menomata la influenza della clausola risolutiva invocata), come pure basta a dimostrare infondata la seconda parte dello stesso I mezzo, per cui si censurò la Corte genovese di non avere motivato e di essere andata contro la prima sentenza del tribunale, dimenticando lo scopo limitato di prova contraria dianzi accennato, per cui soltanto eransi ammessi i capitoli della Ligure-Brasiliana; imperocchè la Corte di merito, come già si premise, nel suo sovrano apprezzamento potè benissimo scartare la prima delle suddette due questioni e non più esaminare le prove relative ad essa senza mancare al precetto della motivazione, nè urtare contro la sentenza ammissiva della prova dalla Ligure-Brasiliana dedotta.

Per la stessa ragione la Corte di merito non potè cadere in contraddizione, come pur le si rimprovera, coll'aver riconosciuto che due miniere avevano continuato il lavoro, ma che a causa delle difficoltà e dell'aumento di prezzo esse pure si dovessero considerare in isciopero, scambiando in tal modo la difficoltà della esecuzione del contratto colla impossibilità, dal momento che essa aveva con insindacabile apprezzamento ritenuto inutile la risoluzione della prima delle due surriferite questioni da essa scartata, e stimato di esaminare le prove soltanto sulla seconda, che era predominante e da sola risolutiva di ogni contestazione.

Del resto, la Corte genovese si fece carico di dimostrare con appaganti ragioni come anche le miniere Cambriann e Fernhill si dovessero ritenere in isciopero, sia per avere ripreso il lavoro in condizioni veramente anormali, con mercedi affatto eccezionali, sia per le difficoltà di formare un carico completo, per avere il quale si dovevano perfino spazzare le miniere inoperose, sia per la limitata ed incerta lavorazione, aggiungendo che per queste eccezionali circostanze si dovesse sempre applicare la clausola di risoluzione derivante dalla consuetudine contrattuale, poichè per quanto si fosse ripreso il lavoro, l'anormalità delle lavorazioni manteneva egualmente le dette due miniere come in istato di sciopero, sia infine perchè, una volta passate in isciopero le miniere, è naturale che esse non possano riprendere la lavorazione d' un colpo, trascinandosi lo sciopero gradatamente e lentamente scomparendo.

Col II mezzo si addebita anzitutto alla denunciata sentenza di essersi contraddetta nei motivi in quanto ebbe a riconoscere che le miniere Cambriann e Fernhill continuavano a lavorare ed a ritenere tuttavia che anch'esse dovessero considerarsi in isciopero e fosse quindi ugualmente applicabile il patto consuetudinario che ammette lo sciopero come caso di risoluzione. Ma questa pretesa contraddizione si palesa tosto infondata ove invece di prendere ad esame soltanto frasi staccate di detta sentenza, come si fa nel ricorso, se ne legga piuttosto tutta la motivazione.

Da questa, invero, si ricava che se in essa la Corte genovese riconobbe riguardo alle miniere Cambriann e Fernhill essere rimasto accertato che nelle medesime dopo il mese di aprile era stato ripreso e continuato il lavoro, ebbe però anche a constatare, dietro un accurato esame delle seguìte prove testimoniali, che quel lavoro venne ripigliato in condizioni talmente ed evidentemente anormali, sia per la lavorazione continuata con mercedi affatto eccezionali, come già si ebbe ad accennare, sia per le caricazioni e pei trasporti in cui si verificarono straordinari aumenti nei noli e lunghezze nei turni, sia per l'insufficenza della produzione per cui a stento potevasi completare qualche carico, che anche le due miniere predette in questo stato di anormalità di lavoro e di produzione si dovessero ugualmente considerare come in istato di sciopero, di guisa che si dovesse pur ritenere che lo sciopero continuasse ad essere generale nel distretto carbonifero di Cardiff, avendo anche ottenuto le miniere

Cambriann e Fernhill che loro fosse ugualmente accordata la risoluzione dei contratti antichi, con surrogazione di contratti nuovi più conformi alle loro nuove e incerte condizioni di lavorazione.

E dopo questo ragionato apprezzamento delle risultanze delle prove testimoniali, la Corte di merito essendo venuta alla logica conseguenza giuridica, che la lavorazione nel suddetto modo continuata nelle due miniere Cambriann e Fernhill non potè privare tanto la ditta Ligure-Brasiliana, quanto la ditta Sacco del rispettivo diritto di risolvere i contratti coi loro clienti per le consegne a cui si erano obbligate durante i mesi di aprile, maggio, giugno, luglio ed agosto, non si può in verità ravvisare alcuna contraddizione in una così chiara ed appagante motivazione della denunciata sentenza e quindi nemmeno la pretesa mancanza di motivazione. Non vale neppure ad infirmare la sentenza medesima la seconda parte dello stesso mezzo II, con cui si vuole che la Corte genovese abbia applicato il patto contrattuale e consuetudinario ad un caso diverso da quello da essa detto previsto nel patto stesso, anche con violazione dell'art. 1 c. di comm., in quanto si sostiene che volendo pur ritenere che lo sciopero, anche se non esteso a tutte le miniere che producono un determinato genere di carbone, basti ad autorizzare lo scioglimento dei contratti, si debba del pari ritenere « che tale consuetudine si applichi solo al caso in cui il venditore abbia stretto il contratto senza avere la disponibilità del carbone venduto e si proponga di acquistarlo prima della consegna e poi nol possa a causa dello sciopero », ma non si applichi invece mai allorchè al momento della vendita il venditore aveva già la disponibilità del carbone venduto.

Codesta eccezione, invero, non potrebbe anzitutto farsi valere in questa sede come mezzo di cassazione per essere nuova affatto e per non aver quindi formato oggetto di esame davanti alla Corte di merito. Ma, del resto, questa ebbe pure a risolverla implicitamente e logicamente con ritenere, come ritenne nella sentenza denunciata, che la clausola risolutiva d'ogni contratto di compra-vendita di carbon fossile pel verificarsi di uno sciopero vige anche per consuetudine in favore dei proprietari delle miniere, di guisa che non avrebbe nemmeno potuto nel caso in esame la Società Ligure-Brasiliana costringere durante lo sciopero i proprietari delle miniere, coi quali avesse contrattato l'acquisto di carbone, a farne le consegne neppure chiamandoli in giudizio.

Torna poi vana l'opposta falsa applicazione degli art. 1177, 1180 e 1123 c. c., dal momento che la Corte genovese ebbe a ritenere in modo insindacabile che anche le miniere Cambriann e Fernhill si dovessero considerare in istato di sciopero, per cui fosse ugualmente applicabile la suaccennata clausola risolutiva sottointesa, ciò che senz'altro venne ad escludere che i contratti di compra-vendita tra le ditte Ligure-Brasiliana e Sacco contenessero un'obbligazione alternativa, a cui si riferiscono i due primi degli ora accennati articoli.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 8 marzo 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Massazza - *P. M.* Mazza = Ferr. del Mediterraneo c. Pastori.

La perenzione della prova testimoniale, dovuta al fatto della parte, non costituisce quella impossibilità di provare altrimenti il valore della cosa domandata che autorizza il giudice a deferire il giuramento a sensi dell'art. 1377 c. c. (1).

È indiscutibile principio che, iniziatasi una lite, ciascuno debba dar la prova del proprio assunto; e che di conseguenza non si possa prestar fede alla testimonianza che uno dei litiganti intendesse fare in suo favore. L'affermazione dell'attore, la negativa del convenuto devono avere egual peso e valore a mantenere appunto incolume il principio di eguaglianza che deve pur predominare nei giudizi civili.

Questo principio però, per ragioni di utilità generale e di civile convenienza, lo si moderò nella sua applicazione, e se ne ha prova in tema di giuramento, ed in ispecie nel giuramento suppletivo e *in litem*.

Quest'ultimo, è noto, lo si può deferire sulla quantità e sul valore della cosa domandata, quando però è impossibile di provare altrimenti il valore stesso (articoli 1374, 1377 c. c.).

Ora la Corte ritenne appunto vi fosse nella specie detta impossibilità in considerazione anche della « perenzione della prova testimoniale »; e ciò costituisce l'obbietto del proposto mezzo, osservandosi dalla ricorrente come dopo essersi ritenuto che nè dall'estratto dei libri, nè dalla perizia poteva desumersi la prova dell'indennizzo, si dovesse necessariamente respingere la pretesa avversaria, repugnando all'essenza giuridica dell'istituto del giuramento *in litem* l'ammettere a prestarlo colui che per propria colpa aveva trascurata l'assunzione della prova testimoniale.

(1) Sull'apprezzamento della impossibilità di che all'art. 1377 c. c., v. da ultimo Cass. Roma, 18 febbraio 1898, in *Filangieri*, 1898, 610, colla nota.

Al riguardo si osserva che se la delazione del giuramento alla stessa parte interessata è una deroga a quel generico principio di cui sopra si è fatto parola, niun dubbio lo si debba mantenere nei limiti che sono tracciati dalla legge, e coordinarsi a quei motivi di convenienza e di equità che sono il fondamento della legge stessa. Ora se questa colle accennate disposizioni intese di supplire a quella prova che potesse eventualmente mancare per colpa o dolo della parte avversaria (Pescatore, *Logica del diritto*), od anche, indipendentemente da tale dolo e colpa, per altre cause estranee, si lederebbe, a non dubitarne, il suesposto principio, che impone doversi mantenere la eguaglianza fra le parti litiganti, se si deferisse il giuramento estimatorio a chi per fatto proprio avesse resa impossibile, come nella specie, l'assunzione di una prova che, riconosciutasi influente, erasi pure ammessa.

Sia pure che detto giuramento abbia perduto il carattere penale che aveva in diritto romano, e si presenti ora come una misura esclusivamente determinata dalla necessità; di fronte però al fatto che era dapprima possibile una prova sì da rendere inammissibile quel giuramento *in litem*, sarebbe davvero contrario all'equità si avesse ora ad ammettere il giuramento stesso pel motivo che quella prova non possa più essere assunta, non, ripetesi, per cause estranee, ma per fatto stesso della parte che doveva curarne l'esecuzione.

Regge quindi la censura fattasi alla sentenza della Corte; nè il suo giudizio può risolversi in apprezzamento insindacabile in questa sede, se fu determinato da erroneo criterio in diritto.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

FIRENZE, 7 marzo 1901 — *Pres.* Cesarini — *Est.* Massari = Forteguerri c. Vannucci.

Il mediatore che non sia in colpa ha diritto a compenso per le sue prestazioni, anche nel caso in cui il contratto non si conchiuda (1).

Silvio Vannucci con atto 17 luglio 1899 esponendo di avere negli ultimi di febbraio prestato l'opera propria nell'interesse di Nicolò Forteguerri per procurargli un mutuo di L. 100,000, di averne trovato il sovventore nel Raffaello Bucelli, e fatte le pratiche per riunire i due consensi, tanto che nel 18 marzo fu redatto compromesso nello studio dell'avv. Dante Corti per la stipulazione del contratto in fra un mese, e che poscia il Forteguerri, mutata opinione non volle più mutuare dal Bucelli pagandogli una rilevante somma a titolo di compenso, domandava L. 1000 promessegli dal computista Italo Innocenti. L'adito pretore del I mand. di Pistoia, stante l'impugnativa del convenuto, ammetteva un interrogatorio ed una prova testimoniale; ed in esito ritenne non giustificata la domanda dell'attore per il pagamento delle L. 1000; ma provato che il Vannucci avesse diritto a conseguire un compenso da determinarsi secondo la consuetudine, vi provvide mediante un supplemento d'istruttoria.

Da questa sentenza appellò il Forteguerri; ma il tribunale la confermò.

Il Forteguerri ricorre in cassazione.

Le accuse raggruppate nei mezzi di cassazione non trovano argomento di applicabilità nella specie decisa dal tribunale. Infatti, passato in giudicato il primo capo della sentenza del pretore, mercè cui fu rigettata la domanda principale del Vannucci per le pattuite L. 1000 attesa la mancanza dell'appello incidentale, il tribunale si soffermò ad indagare se a lui spettasse la mediazione per l'opera prestata, e premesso

---

(1) In senso contrario Cass. Torino, 27 ottobre 1898, Medici c. Cortese (*Mon. Trib.*, 1898, 989. *Foro it.*, 1899, I, 17) che ha escluso nel mediatore commerciale ogni diritto a compenso quando l'affare pel quale si è interposto non venga effettivamente e perfettamente concluso. — Si vegga in arg. una bella sentenza 13 dicembre 1898 della Corte d'appello di Venezia (*Temi Ven.*, 1899, 44, causa Lupati c. Soranzo), la quale ha fermate le seguenti massime: A perfezionare il contratto di prossenetico sono necessari due coefficienti, cioè che l'intervento del mediatore sia richiesto od accettato, sia pure tacitamente, e che l'opera dell'intromittente abbia condotto i contraenti all'*in idem placitum consensus*. La materialità della stipulazione non influisce sul diritto alla provvigione. Di fronte a un affare concluso sta a riguardo del mediatore una presunzione favorevole, ognoracchè risulti stabilito che la sua intromissione fu dalle parti accettata e che le trattative da lui iniziate non furono da esse abbandonate, in modo da far legalmente credere che la conclusione possa essere stata l'opera di altra mediazione o delle parti direttamente, ed in base a condizioni sostanziali diverse da quelle da lui proposte. Invece, di fronte ad un affare abortito, spetta al mediatore provare ch'egli aveva riuniti i consensi e che l'affare non si è conchiuso per colpa delle parti.

Riguardo alla misura di compenso, v., da ultimo, Cass. Palermo, 5 dicembre 1896 in *Filangieri*, 1897, 387 col richiamo.

Fu giudicato altresì, che il patto intervenuto fra le parti che la mediazione sia corrisposta per intero dal compratore non vincola il mediatore il quale conserva il suo diritto rispetto ad entrambe le parti medesime (A. Venezia, cit.).

che il mediatore o prosseneta è un locatore di opera, opinò correttamente che esso, quando anche la conclusione del contratto sia mancata senza colpa di lui, ha del pari diritto in affare civile ad una retribuzione in proporzione dell'opera prestata.

Ciò posto i giudici di merito rilevarono dai risultamenti della prova, che appunto il Vannucci si adoperò e fece quanto era in lui per avvicinare le parti, per riunire i consensi e fare al Forteguerri conseguire la somministrazione ad imprestito in guisa che, stipulato il compromesso, egli potè avere dal Bucelli un'anticipazione di L. 5000. Che nessuna influenza potè avere a menomare la efficacia e la utilità dell'operato del Vannucci la sostituzione di altra garanzia proposta dal Forteguerri, rimanendo certo ed incontestabile che il Vannucci prese parte alle lunghe trattative dell'imprestito ed impiegò l'opera sua per la conclusione del medesimo. E nemmeno il fatto dell'avvenuta rescissione ebbe luogo per colpa alcuna del Vannucci, ma unicamente per volontà del Forteguerri. Laonde non sussiste la prima censura mossa alla sentenza di avere violato la contestazione della lite e la cosa giudicata, perchè, eliminato il patto per le L. 1000, da parte dell'attore furono promosse altresì domande distinte e subalterne, in modo che l'accoglimento di una di quest'ultime non contraddice alla ritenuta mancata giustificazione pel patto stabilito fra i contendenti.

Inoltre essa sentenza motivò esuberantemente in diritto e in fatto intorno all'indole del compenso chiesto dal Vannucci senza incorrere in alcuna delle lamentate violazioni di legge. Perchè è pacifico in dottrina e in giurisprudenza come l'ufficio del mediatore più che all'istituto del mandato s'informi a quello della locazione d'opera. Ed il tribunale si convinse che il Forteguerri della medesima si avvantaggiò per l'anticipazione della somma ricevuta dal Bucelli.

Non sussiste l'altra accusa di essersi accordato il compenso senza l'avveramento della condizione intesa dal mutuatario per la stipulazione del contratto; giacchè nel caso (come sopra si è notato) fu escluso ogni concetto di patto interceduto fra il Forteguerri ed il Vannucci, ma soltanto valutata l'opera del medesimo prestata per non pochi mesi. Molto meno infine fu violato l'art. 48 delle disp. trans.; imperocchè la consuetudine non fu riconosciuta dal tribunale qual fonte di diritto, ma come mezzo di criterio equitativo per la misura del compenso da stabilirsi sempre dal magistrato.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

PALERMO, 5 marzo 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Gagliardi = Motisi c. Munafò.

È nullo il testamento olografo in cui abbia il testatore scritta la data dopo la firma (1).

È principio giuridico che per il favore onde debbono essere accolte le ultime volontà del morente, devesi sempre seguire quel temperamento che rende salvo il testamento, anzichè infirmarlo: *magis ut valeat, quam ut pereat*, quando non si rechi diretta o manifesta offesa alla legge.

L'art. 775 c. c. parlando del testamento olografo, vuole imperiosamente la data, come requisito della sua validità, ma non prescrive espressamente ed a pena di nullità, che la data medesima sia posta prima della firma del testatore.

Lo scopo prefissosi dal legislatore nel prescrivere la data, si è quello di determinare la capacità del testatore a quella epoca, nonchè la prevalenza fra due testamenti da lui lasciati; e questo scopo è egualmente raggiunto, anche quando la data si trovi dopo la firma. Se non si è dubitato mai che la data apposta in principio delle disposizioni testamentarie non rende nullo il testamento olografo, non vi è neppure plausibile ragione per dirlo nullo quando la data segue la firma e forma parte integrale del testamento medesimo.

Nè dalla locuzione del citato art. 775, che cioè il testamento olografo deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, puossi arguire che l'ordine di tali formalità sia tracciato in via imperativa e sotto pena di nullità, imperciocchè questo concetto viene escluso dall'ult. cap. dello stesso art. 775, nel quale si dice che la sottoscrizione dev'essere posta alla fine delle disposizioni.

Ora se la data non è una disposizione, ma l'accertamento del tempo in cui la disposizione avvenne, e ciò ai fini ed allo scopo sopramenzionato, non può ammettersi che la data debba assolutamente precedere la firma, perchè questo scopo della legge è sempre conseguito per la data posteriore alla firma.

E la Corte di merito cadde in un altro grave errore, quando ritenne la nullità del testamento, anche perchè la data non formava unico contesto con la disposizione e con la firma. Imperciocchè, a parte che la legge non

---

(1) Cfr. Cass. Napoli, 27 novembre 1875 in questo *Filangieri*, 1876, 2, 296; VITALI, *La data nell'olografo*, in appendice al LAURENT, *Principî di dir. civ.* (trad. ital.), vol. XIII, p. 648 colla dottrina e la giurisprudenza ivi citate. In senso contrario, oltre gli autori cit. dal VITALI, lo stesso LAURENT, n. 211.

richiede che il testamento olografo debba essere fatto in unico contesto, egli è certo ed indiscutibile, che se nel testamento in esame esiste la data, comunque la si trova ad una certa distanza dalle disposizioni e dalla firma, cioè nel rigo dopo la sottoscrizione, se la disposizione testamentaria con la firma e la data sono tutte scritte sopra una facciata di un mezzo foglio di carta, e se il testatore Domenico Barbaro ebbe cura di far precedere la data stessa dalle parole « *mio testamento* » a cui si riattacca la firma e la data, non è possibile, senza fare violenza anco allo stato di fatto che si rileva dal testamento stesso, ritenere che sia nullo per difetto di data.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

NAPOLI, 8 febbraio 1901 — *Pres.* Santamaria-Nicolini — *Est.* Cianci = Comune di Napoli c. Trimarchi.

1. *Le condizioni apposte al programma di concorso legalmente approvato per il conferimento di un ufficio comunale costituiscono la legge del concorso stesso, di guisa che, una volta questo eseguito, sorge il diritto nel concorrente a veder rispettate quelle condizioni e il Comune non può rifiutarsi all'adempimento degli obblighi assunti* (1).

2. *Conseguentemente il concorrente che sia stato designato dalla Commissione all'uopo delegata o che per effetto dell'ingiusto annullamento del concorso abbia perduti i diritti col medesimo acquistati, può agire giudizialmente contro il Comune per ottenere il risarcimento dei danni* (2).

Per principio inconcusso di diritto amministrativo la facoltà dei Consigli comunali alla nomina degli impiegati per lo svolgimento organico della pubblica Amministrazione può esser vincolata dai regolamenti, giusta la testuale disposizione del citato art. 111. Per il che le condizioni apposte al programma di concorso approvato e pubblicato per il conferimento di un ufficio comunale costituiscono la legge del concorso stesso e tosto che la prova fu eseguita, sorge il diritto nei concorrenti a veder rispettate quelle condizioni e il Comune non può rifiutarsi all'adempimento degli obblighi assunti. Certamente nel provvedere il Comune ai servigi pubblici di ordine primario o secondario, le figure giuridiche derivanti dalle sue stipulazioni o promesse, sono veri contratti di *ius* privato, manifestando l'ente civile appunto con essi la espressione genuina della sua personalità giuridica. E siccome il legislatore, nella parte del diritto privato, la quale riguarda i contratti, pone per primo principio che il contraente deve adempiere a ciò che abbia promesso e deve eseguire l'obbligazione assunta, quale risulta dai termini delle convenzioni, così a questa necessità giuridica si sottopone tanto lo Stato per gli adempimenti dei servigi pubblici (art. 37 del regol., art. 3 a 15 della legge di contabilità) quanto il Comune che ben fu detto lo Stato in piccolo. Insomma i principî di giustizia e di equità naturale, scritti nei codici del giure privato, sono quegli stessi che regolano l'efficacia e l'estensione degli obblighi convenuti fra i privati e le pubbliche Amministrazioni.

I principî di diritto pubblico non vi compariscono che in modo tutto secondario e pure coordinato alle norme di giustizia equitativa, nei soli casi in cui, *necessitate regiminis*, occorra modificare qualcuna delle regole di diritto privato.

Per questo *gius singulare*, proporzionato alle necessità della cosa pubblica, è libero pure il Comune di non conferire al vincitore il posto pel quale bandì il concorso, e la Corte d'appello con la denunciata sentenza, giustamente riconobbe questo suo diritto. Senonchè, quando il Comune, per la nomina dei suoi impiegati, fra cui certamente è compreso il direttore dei concerti musicali, presceglie la forma del concorso, determina le condizioni, impone i requisiti, delega ad una commissione tecnica la scelta del più idoneo, e, dopo il risultamento del concorso, delibera senza fondati motivi di non accettarlo, viene con ciò evidentemente a violare il precetto sancito negli art. 1123 e 1124 c. c. E questa violazione, traducendosi in lesione di diritti fondati sul patto e sulla legge, pone l'atto amministrativo di fronte all'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, onde spetta all'autorità giudiziaria statuire sulle conseguenze pecuniarie, per l'inadempimento dei patti contrattuali risultanti dall'avviso o bando del concorso, contenente il programma delle prove. Insomma il diritto contrattuale compresso e ridotto ad inerzia, per l'esercizio del *ius imperii* ritorna a vivere sotto diversa forma e si traduce in diritto ad indennità del danno cagionato dal Comune all'altro contraente, giacchè gli atti di pubblica Amministrazione sono pur soggetti all'osservanza di tutte le norme che disciplinano gli atti nella sfera dell'ordine giuridico privato, quantunque intrinsecamente si possa scorgere una differenza fra il carattere dell'atto diretto al pubblico interesse e quello

(1-2) Cfr. da utimo A. Catania, 21 luglio 1900 in questo *Filangieri*, 1901, 306 col richiamo. — V. pure la sentenza seguente.

dell'atto di utilità privata dell'individuo. In quest'ultimo caso il magistrato ordinario può bene esplicare la sua giurisdizione sul danno patrimoniale derivante dall'atto amministrativo come può esplicarlo su di un atto di soggetto privato. Formulata adunque in questi termini la quistione sottoposta al sindacato del Supremo Collegio, ben si vede ch'essa si riduce all'interpretazione delle condizioni del bandito concorso. Ora la Corte d'appello con criteri fondamentali, che si attengono al suo morale convincimento, ha giudicato che il termine di *sette ore* fissato per la partitura istrumentale del brano di musica per banda completa, costituiva un elemento essenziale per l'esito affermativo della prova, sotto pena di decadenza, in guisa che un lavoro rimasto incompleto in quei limiti di tempo prestabiliti doveva considerarsi inesistente.

A queste considerazioni la denunciata sentenza aggiunse che, interpellati gli stessi concorrenti dalla Commissione esaminatrice, la maggioranza di essi, prima d'iniziarsi l'esperimento, tenne fermo il periodo delle sette ore imposte ai concorrenti nel programma come patto alla difficile prova in relazione diretta all'ufficio per cui fu bandito il concorso. Poichè senza il completo e perfetto adempimento di quella parte del programma, sarebbe mancato il requisito essenziale a dinotare la capacità ed idoneità di un maestro direttore di bande musicali.

Posto ciò, se la Corte d'appello, con argomenti desunti *ex evidentia facti*, ritenne che, per quanto fu regolare e legittimo l'operato della Commissione, per altrettanto sia stato inesatto il contenuto nella deliberazione comunale, che, pronunciando la nullità del concorso, espose il Comune al risarcimento dei danni per la violazione del contratto, ciascun vede che il Supremo Collegio uscirebbe dall'orbita dei suoi poteri, se volesse discendere all'esame di una quistione di fatto, già esaurita dai giudici di merito. Indarno il Comune ricorrente invoca l'art. 30 del regol. 22 febb. 1884, in cui è detto che il Consiglio è chiamato a deliberare definitivamente sull'operato della Commissione esaminatrice, e qualora risultassero violate le garanzie dei concorrenti, e di questa violazione fossero evidenti gli effetti sull'esito del concorso, si dovesse questo ripetere. Se ben si guardi al testo espresso di tale disposizione regolamentare, si scorge subito che il Consiglio non vi è chiamato come autorità amministrativa nel puro significato della parola, ma vi è indicato quasi con l'incarico di una Commissione di secondo grado, delegata a rivedere l'avviso della Commissione tecnica. Per il che, come questa nella qualità di mandatario del Consiglio, in cui sta la rappresentanza giuridica del Comune non poteva dipartirsi dalle condizioni del concorso, egualmente l'assemblea comunale vi era strettamente vincolata, alla stessa guisa che un capitolato di oneri costituisce la legge del contratto per servizio di ordine diverso, sia nell'interesse dello Stato, sia nell'interesse degli enti, che ne sono una diretta emanazione.

Infine non sarà inutile osservare che se il giudizio tecnico della Commissione nei limiti già dinotati, rispetto alle garantie dei ricorrenti ed agli effetti sull'esito del concorso, era soggetto al superiore esame del Consiglio, ciò nondimeno il potere di questo non può considerarsi costituire un assorbimento illimitato dei diritti individuali dei concorrenti; giacchè, di fronte a qualsiasi atto della pubblica Amministrazione, bisogna esaminare quali norme giuridiche fossero imposte per la legittimità dell'atto medesimo. Donde viene che, non trattandosi di podestà discrezionale del Consiglio di annullare e far ripetere un concorso legalmente bandito, ed eseguito come innanzi fu notato, l'autorità giudiziaria legittimamente svolse il sindacato giurisdizionale, dichiarando la violazione del diritto del Trimarchi per l'inadempimento contrattuale che si risolve nell'attribuzione delle relative indennità per il danno da lui sofferto. Con ciò la Corte d'appello non intese che assicurare il rispetto della legge, cioè l'adempimento di quegli obblighi, che, violati dalla pubblica Amministrazione, furono causa che sorgesse nel privato il diritto a reclamare la reintegrazione, non fosse altro, rispetto alla lesione patrimoniale, e però la denunciata sentenza sfugge ad ogni censura.

P. q. m., rigetta il ricorso.

ROMA (sez. un.), 30 gennaio 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Scillamà — *P. M.* Pascale = Villa c. Poste e Telegrafi.

1. *Anche nei rapporti con la Pubblica Amministrazione l'apertura d'un concorso pel conferimento d'un impiego attribuisce in massima, al candidato che l'abbia vinto, un vero e proprio diritto ad essere eletto, ed in mancanza ad agire giudizialmente* (1).

2. *Ma questo non si verifica se prima che il candidato sia eletto, una riforma organica abbia soppresso o trasformato l'impiego messo a concorso* (2).

(1-2) Cons. in arg., da ultimo, A. Catania, 21 luglio 1900 in questo *Filangieri*, 1901, 206, col richiamo. V. pure la sentenza che precede.

3. *Gli avanzamenti di carriera, quantunque risultanti dalle discipline regolamentari, non rappresentano un vero diritto dell' impiegato, ma una semplice speranza — onde la Pubblica Amministrazione può, sempre che creda utile, modificarne il sistema* (1).

Tutta la ragione del decidere, ai fini del regolamento di competenza, sulla questione sollevata dal ricorso, accentrasi nel vedere se il decreto 1.º maggio 1899, con annessavi tabella *c*, emesso per l'applicazione del nuovo organico, contenente le norme per l'esame degli ufficiali postali-telegrafici, abbia recato la lesione di un *diritto civile* dante luogo ad azione giudizialmente esperibile, di fronte a quei diurnisti, che in base al decreto 27 genn. 1898, secondo l'antico organico avevano conseguito, per esami o per titoli equipollenti, l'abilitazione al collocamento nel ruolo stabile degli ufficiali postali-telegrafici. Occorre, in altri termini, indagare se, alla stregua della *causa petendi*, all'obbietto della domanda, così come viene aprioristicamente formulata e prospettata dal ricorso, sussista la possibilità di un diritto civile, che i ricorrenti affermando di essere stato leso, intendono far valere avanti al magistrato ordinario, per così quindi decidere della costui competenza o meno. E poichè, trattandosi di definire la competenza per proponibilità o improponibilità della domanda avanti l'autorità giudiziaria, la questione della competenza è involta e si compenetra con quella di merito; così fa d'uopo che il Supremo Collegio esamini anzi tutto se il contenuto della domanda racchiuda o no la potenzialità di un diritto civile, la di cui esistenza, *in ipotesi*, debba necessariamente preesistere alla sua lesione, per venire quindi conseguenzialmente a decidere la questione della competenza.

Ora è da notare che tra lo Stato, e così in genere tra ogni pubblica Amministrazione e i suoi funzionari ed impiegati, viene a istituirsi un duplice ordine di rapporti, e cioè un ordine di rapporti giuridico-contrattuali ed un ordine di rapporti disciplinari e regolamentari; e se questi ultimi danno luogo a provvedimenti d'indole e di competenza amministrativa, i primi, senza dubbio, comecchè danti vita a veri e propri diritti, aprono l'adito per la loro tutela all'azione giudiziaria.

Ciò posto, non può disconoscersi che l'esame bandito da un'Amministrazione pel conferimento di un dato impiego, una volta vinto dal candidato mediante l'avveramento di tutte le prescritte condizioni, pone in essere tra quella e questo un *vinculum iuris*, la cui violazione, comecchè involvente la lesione di un diritto civile, dà luogo ad azione giudiziaria.

Onde, se ancor sussistessero quei posti, come figuravano nel cessato organico, in relazione a cui fu vinto l'esame dai ricorrenti, questi, in base agli art. 1, 4 e 13 del decreto 27 genn. 1898, avrebbero diritto di conseguirli man mano che si sarebbero resi vacanti.

Senonchè, nel periodo intermedio, e precisamente tra l'esito degli esami e l'attesa (com'era stabilito con le relative norme) che i posti ai quali avrebbero dovuto esser nominati, man mano si fossero resi disponibili, un fatto saliente avvenne, quello della pubblicazione ed attuazione di un nuovo ordinamento dell'Amministrazione delle poste e dei telegrafi, che arrecò in essa tutta una profonda e progressiva trasformazione, in relazione ad un più razionale indirizzo, che il Governo del re credette d'imprimervi, in corrispondenza alle esigenze del pubblico servizio ed ai progressivi miglioramenti in esso reclamati. Cosicchè la riforma organica con tali criteri compiuta venne a determinare una nuova condizione di cose, tra cui precisamente la creazione di una triplice carriera: di *concetto*, di *contabilità* e di *ordine*, tra gl'impiegati, prima in due sole categorie divisi. E fu precisamente da cotesta trasformazione di carriere che venne motivato ed ispirato il decreto ministeriale del 1.º maggio 1899, con cui in rapporto alla importanza delle attribuzioni ed alla prefissione degli stipendi a ciascuna categoria assegnati, vennero dettate le norme per l'ammissione degl'impiegati e maggiori garanzie vennero prescritte per gli *ufficiali postali* per la mutata posizione; talchè un tal provvedimento è giustamente detto il necessario e logico complemento della riforma organica di quella Amministrazione, da cui trasse ragion d'essere ed a cui è perciò intimamente coordinato.

Ora, che lo Stato, per mezzo del Governo che ne esplica le sociali funzioni, abbia diritto, per ragioni d'interesse generale e di pubblica utilità, di mutare e trasformare gli ordinamenti delle dipendenti Amministrazioni, semprechè lo creda necessario ed opportuno per emendarli, migliorarli e adattarli ai progressi della vita civile, niuno certo potrà contestare. Nell'esercizio di cotesta alta prerogativa, la sua azione non può soffrire limitazioni e vincoli di sorta per considerazioni d'interessi meramente personali, altrimenti sarebbe negare ogni ragione di progresso, condannare alla immobilità gli uffici amministrativi, perpetuare,

(1) Cfr. IV Sezione. 9 dicembre 1899 in *Filangieri*, 1900, 316.

senza potere apportarvi rimedio, gli inconvenienti e disordini che si verificano nei servizi pubblici, sopratutto sarebbe disconoscere la suprema finalità dello Stato nella sociale convivenza.

Ora se il Governo, esplicando precisamente cotesta sua potestà, ha nella specie trasformato l'ordinamento dell'Amministrazione postale-telegrafica, assegnando, in rispondenza al mutato indirizzo, attribuzioni e stipendi differenti dall'antico agli impiegati, ne consegue che, stante sì profonda innovazione operata, i candidati abilitati ai posti di ultima categoria col nome di *ufficiali*, e con lo stipendio iniziale di *lire 1000*, non vengono più a trovare nel nuovo organico quell'identica posizione a cui sotto l'antico avevano conseguito diritto per esame ad essere nominati, per la semplice ragione che non fu tale e quale conservata, ma altra con variata forma ne venne surrogata.

E poichè sarebbe assurdo di supporre, per le esposte considerazioni d'ordine superiore, che l'esame vinto a base dell'antico organico potesse dar diritto ai ricorrenti di costringere l'Amministrazione a ripristinare nel nuovo posti identici a quelli ai quali essi furono abilitati, così tutta la questione si riduce a vedere se il decreto 1.° maggio 1899, nello stabilire all'art. 10 la loro nomina ad *aiutanti* di quarta classe nella terza categoria, come posto corrispondente a quello che erano abilitati ad occupare sotto l'antico, abbia violato un loro diritto. perchè dovrebbero invece, com'essi pretendono, essere collocati nella seconda categoria, col grado di *ufficiali postali*.

Risolvendo da cotesto punto di vista la questione, il Supremo Collegio osserva che, aggiunta dal nuovo una terza categoria di impiegati alle due contemplate dall'abolito organico, cioè la *contabile*, ne è seguìto uno spostamento nel senso che la già seconda categoria che figurava in quest' ultimo, non più corrisponde, per attribuzione e per stipendio, alla seconda di quello ora vigente, bensì alla terza.

Donde deriva che, sostanzialmente, se non nominalmente, la posizione che sarebbe spettata ai ricorrenti nel cessato organico, rispondendo a quella che ad essi viene nel nuovo assegnata col decreto 1.° maggio 1899, nessun loro diritto è stato offeso dal citato decreto; che anzi, alcuni lati vantaggiosi in loro favore presenta, come quelli di un immediato collocamento di tutti in ruolo, mentre con l'antico organico avrebbero dovuto attendere l'evenienza di posti disponibili; e la facoltà concessa di potersi presentare al concorso pei posti di seconda categoria, concorso che apre la via ad una più promettente carriera, e che alcuni degli stessi odierni ricorrenti hanno già felicemente superato.

Si obbietta in contrario che la denominazione di *aiutanti*, che vien loro attribuita dal nuovo organico, non è quella di *ufficiali* che sarebbe ad essi spettata con l'antico, e che mentre per questo il loro avanzamento in carriera poteva condurre ad un massimo stipendio di lire 3500, col nuovo invece non è estensibile che solo sino a lire 1800.

Senonchè, niuna di coteste duplici innovazioni lede la posizione dei ricorrenti.

Per fermo, quanto alla cambiata *denominazione*, non è concepibile negli impiegati e tanto meno nei ricorrenti un diritto quesito a mantenere quella in precedenza tenuta ed a ricusarne una nuova. Se non tanto ai nomi, quanto alla sostanza deve aversi riguardo, le attribuzioni e lo stipendio essendo inalterati, non può al certo costituir lesione di diritto il solo cambiamento del titolo di *ufficiali* in *aiutanti*, meglio adattato al genere di mansioni che cotesta classe di impiegati disimpegna.

Quanto poi alla maggiore estensione di stipendio che i successivi avanzamenti in carriera avrebbero portato nell'antico in confronto al nuovo organico, appena occorre osservare che se ciò poteva costituire pei ricorrenti una semplice *speranza* o *aspettativa*, non può dar consistenza ad un *diritto quesito*, che limitavasi al collocamento in pianta con lo stipendio iniziale di lire 1000.

Gli eventuali avanzamenti e promozioni non possono formare per gli impiegati un diritto quesito; quali che siano i vantaggi che dal futuro svolgimento di una carriera essi potessero ripromettersi, non han diritto che siano mantenuti dalla nuova legge.

Se questa deve rispettare, finchè sia possibile, la posizione legittimamente acquistata dagli impiegati medesimi, non ha del pari ragione di garantire le aspirazioni che sotto l'ordinamento che viene ad abolire essi abbiano potuto per avventura concepire.

Onde niuna delle due apportate variazioni ferisce un diritto quesito dai ricorrenti.

Del resto, le variate secondarie modalità sono una conseguenza necessaria del cambiamento di organico, ed è al complesso della posizione che deve aversi riguardo; la quale essendo nella sostanza stata mantenuta, manca quella lesione di diritto civile, che potrebbe aprir l'adito all'azione giudiziaria.

P. q. m., dichiara la incompetenza dell'autorità giudiziaria.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

MILANO, 10 aprile 1901 — *Pres.* Faini — *Est.* Desenzani — Manzoni c. Manzoni.

Il procuratore ad litem *non può deporre su fatti ai quali abbia partecipato in tale qualità* (1).

Unica è la questione proposta al giudizio di questa Corte, quella medesima che fu risolta in prima sede, in senso contrario all'assunto dell'appellante. Trattasi cioè di vedere se possa essere prodotto e sentito come teste il procuratore delle parti contendenti.

Sarebbe accademico e troppo lungo il riassumere le ragioni per le quali dalla scuola e nel campo della pratica sia assai controversa una tale tesi. Ciò che importa di ricordare si è che è ormai divenuto un postulato della dottrina e della giurisprudenza, che la *incapacità*, o più esattamente la *incompatibilità* derivante dalla qualità di mandatario, presuppone in costui o l'attualità della rappresentanza nel momento in cui è chiamato a farla da teste, ovvero che la deposizione riguardi un affare a cui egli abbia partecipato colla veste di mandatario.

La regola infatti portata dal principio elementare di diritto « nullus testis idoneus in re sua intelligitur », per ragioni non meno giuridiche che morali, deve valere anche per chi ha la rappresentanza in giudizio e gerisce gl'interessi della parte che non può fare testimonianza in causa propria, dacchè tali procuratori s'immedesimano e si confondono col mandante.

Nella fattispecie in esame è pure d'uopo convenire che il tribunale disconobbe codeste norme giuridiche ammettendo a far da testi gli avvocati Valzelli e Somaini, dacchè sostanzialmente dovrebbero deporre intorno a convenzioni fra loro personalmente corse all'udienza 23 agosto 1899, innanzi questa Corte. E tale incompatibilità è vieppiù stridente e manifesta per l'avv. Valzelli, dacchè questi dovrebbe attestare d'avere aderito alla proposta dell'avv. Somaini, di rinviare cioè la discussione della causa, solo in base a formale promessa fattagli in persona, e nella sala d'udienza della Corte, dal Giovanni Manzoni di desistere dagli intrapresi atti esecutivi fino al 16 nov. 1899. È questo un fatto che sarebbe avvenuto in piena attualità di esercizio delle mansioni di procuratore alle liti, l'avv. Valzelli del Salvatore Manzoni e l'avv. Somaini della controparte, epperò è di meridiana evidenza ch'essi dovrebbero attestare circostanze riflettenti il loro operato professionale quali patroni dei litiganti, sicchè non possono essi sfuggire all'ostracismo ed al divieto portato dall'articolo 236 c. p. c., molto più che in conclusione deporrebbero sopra un atto del loro ministero, che potrebbe fors'anche generare una responsabilità verso i loro mandanti, e che quindi hanno tutto l'interesse a far constare l'uno in un senso e l'altro in termini opposti.

Dopo le cose innanzi discorse sarebbe proprio superfluo il rilevare nei riguardi dell'eccepito teste avv. Valzelli come emerga palese ch'egli nel cedere il mandato di rappresentare il Salvatore Manzoni nella fase del giudizio relativo all'azione per nullità del pignoramento 16 sett. 1899, ebbe di mira di porsi apparentemente in disparte per poi rendere testimonianza in frode al disposto dell'art. 236 precitato. E che l'avv. Valzelli avesse siffatto scopo scaturisce dal fatto che egli in meno di 5 anni, e cioè dal 1.° gennaio 1896 al nov. 1900 assistì il Salvatore Manzoni in 47 litigi avanti il tribunale e la pretura di Lecco, come emerge dai prodotti attestati, il che dimostra come l'avv. Valzelli non solo fosse, ma sia tutt'ora colui che presta il suo patrocinio al Salvatore Manzoni, che pare davvero che sia una fonte inesauribile di litigi. Inoltre egli non solo si fece appellante pel suo cliente dalla sentenza 21 luglio 1899 del tribunale di Lecco, intervenendo con tale veste all'udienza del 23 agosto stesso anno, in cui sarebbero corse le intelligenze, obbietto della prova testimoniale intorno al cui espletamento si piatisce, ma eziandio colla citazione 27 agosto 1899 avrebbe pel suo mandante istituito giudizio contenzioso innanzi il tribunale predetto, per ottenere una proroga di 4 mesi a produrre il conto in esecuzione della stessa sentenza 21 luglio 1899. Tutto ciò persuade vieppiù che se havvi caso in cui puossi dire accertato che il procuratore alle liti è un *alter ego* del suo mandante, amendue avendo lo stesso interesse di conseguire la vittoria nella lotta giudiziale, è certamente quello in esame, e come non può il rappresentato essere udito come teste, così non lo può neanche il rappresentante.

Quanto alle spese di lite convien riflettere che amendue le parti in causa provocarono il giudizio incidentale col produrre e dappoi eccepire come testi i loro rispettivi procuratori, colla sola differenza che dal Giovanni Manzoni si sarebbe dimostrata l'arrendevole accondiscendenza di rinunciare al teste avvocato Somaini, ove *ex adverso* si fosse fatto altrettanto pel teste avv. Valzelli, condi-

(1) V. in arg. da ultimo, A. Roma, 23 aprile 1897 in *Filangieri*, 1898, 384; De Giuli, *Prova testimoniale*, nella *Enciclopedia*, p. 689.

zione questa dalla rappresentanza del Salvatore Manzoni non accettata, così sarà il caso in applicazione dell'art. 370 c. p. c. di parzialmente compensarle.

—

GENOVA, 5 marzo 1900 — *Pres.* Gagliardi — *Est* Lago = Allegroni c. Croce.

***È ammissibile la prova testimoniale diretta a stabilire che il capitale apparentemente mutuato rappresenta per una parte degli interessi ultralegali anticipatamente capitalizzati* (1).**

L' Allegroni appella perchè fu sospesa la condanna pel pagamento del suo credito, riconosciuto dalla stessa sentenza in L. 1700, finchè fosse liquidata la riconvenzionale; e perchè fosse stata applicata la prescrizione quinquennale agli interessi, mentre gli stessi debitori non ne avevano fatta domanda.

Amendue questi motivi di appello sono da accogliersi, per quanto sia da lamentare che il tribunale abbia dimenticato quello che rendeva ammissibile la prova dedotta dai coniugi Croce. E per verità è ammesso in giurisprudenza e fu stabilito colla sentenza 23 aprile 1862, riferente Pescatore, che per la legge 5 giugno 1857 l'usura palliata non è per ciò stesso divenuta un fatto legale. Nel sistema della nostra legislazione il denaro è bensì divenuto una merce; il capitalista alienandola a titolo oneroso col mezzo del contratto di mutuo può stipulare il corrispettivo che vuole, ed imporre le condizioni che crede: ma una forma è richiesta, la forma della pubblicità; l'interesse ultralegale dev'essere dichiarato apertamente dall'atto scritto; chi lo nasconde con anticipata capitalizzazione non ha diritto alla restituzione di quello che non ha ragione di essere dovuto.

Il legislatore ha piena fiducia nella virtù della libera concorrenza, ma pure ha temuto gli abusi della nuova istituzione, e cercò una guarentigia nei costumi del paese e nella coscienza pubblica: la libertà è concessa a condizione di usarne scopertamente, di affrontare il giudizio popolare, e mettersi a pericolo di perdere l'estimazione pubblica. Si è con questi criteri che deve essere interpretato l'art. 1831 c. c. invocato dalla appellata sentenza. Li coniugi Croce volevano provare questa usura palliata; fu illegale la reiezione della prova e prematuri gli apprezzamenti del tribunale; ma li coniugi Croce non se ne gravano, anzi accettano domandando la semplice conferma della sentenza e la Corte non vi ha che vedere; per contro sta evidente che la prescrizione degli interessi non poteva dal tribunale essere applicata neppure essendo stata eccepita dai debitori, i quali non avevano neppure avuto tempo a formulare le loro conclusioni definitive. Deve perciò essere riparata la sentenza in quanto ha dichiarati prescritti gli interessi oltre il quinquennio anteriore alla domanda giudiziale sempre come effetto della prematura decisione sul merito.

Nè quello che non fu fatto in primo giudizio può essere riparato nel giudizio d'appello; e ciò non tanto perchè possa inchiudere domanda nuova, ma sibbene perchè trattasi di prescrizione che per sua natura non può essere eccepita dopo essersi col primo giudizio fatto atto equivalente all'accettazione del debito.

Ma deve egualmente essere riparata la sentenza in quanto dopo avere riconosciuta l'esistenza del credito dell' Allegroni in lire 1700 oltre gli interessi del 6 0[0, e così come debito certo, liquido ed esigibile, ne sospese però il pagamento fino a che non si trovasse egualmente liquidata la riconvenzionale.

In questo il tribunale ha disconosciuto apertamente il concetto giuridico della riconvenzione giudiziale. La quale se, per ragione della connessione che unifica i giudizi, si identifica colla causa principale, la identificazione però è limitata al giudizio, rimanendone distinto il merito: così che ove nelle more del giudizio la riconvenzionale non sia venuta matura a decisione, non si ha ragione di sospendere la decisione del merito della causa principale che per avventura siasi potuto completamente maturare, rendendo il credito certo, determinato ed esigibile. La riconvenzione come mezzo di difesa ha per condizione di maturarsi contemporaneamente al giudizio colla causa principale, onde però ne sorga la compensazione giudiziaria; maturandosi disgiuntamente, non ha diritto di ritardare la esecuzione di un diritto certo e liquido; diversamente l'arbitrio del riconveniente non avrebbe limiti contro il precetto indimenticabile della uguaglianza che nei giudizi deve essere conservata tra le diverse parti litiganti.

Quindi, riconosciuto il credito, non poteva il tribunale sospendere la dichiarazione di condanna, tutto al più avrebbe potuto ordinare una cauzione a somiglianza del Pretore nel caso dell'art. 102 c. p. c., non sembrando logico negare al giudice superiore quello che è concesso di fare al giudice inferiore; ma neppure la Corte può valersi di questo

(1) Cfr. in arg. la pregevole monografia del MESSA, *Mutuo*, nella *Enciclopedia giuridica*, nn. 167-168 con la dottrina e la giurisprudenza ivi citate.

temperamento, avendo la parte appellata per proprio conto domandata la conferma della sentenza.

P. q. m., ecc.

—

MILANO, 26 febbraio 1901 — *Pres.* Clerici — *Est.* Novati = Ferrovie del Mediterraneo c. Colosio.

A sensi dell'art. 208 c. p. c. anche l'accesso giudiziale, *qualora debba essere eseguito nella giurisdizione di un'altra autorità giudiziaria, può delegarsi al pretore* (1).

È da osservarsi che il tribunale colla sentenza oggi appellata ha commesso il sopraluogo al Pretore di Luino (circondario di Varese) come già colla precedente sentenza aveva delegato quel Pretore ad assumere la prova testimoniale. L' appellante trova inammissibile in rito tale delegazione pel motivo che l'accesso giudiziale avendo lo scopo di fornire al giudice gli elementi di convinzione che derivano dalla ispezione diretta dei luoghi e delle cose, è il solo incombente istruttorio che non può essere delegato che ad un giudice del Collegio, sotto pena di non poterne usare, perchè non raggiunge il suo scopo se venga affidato ad un giudice che non appartenga al Collegio giudicante e che non può apportare al Collegio stesso la propria convinzione.

Senonchè la distinzione che l'appellante cerca di fare, non essendo preveduta dalla legge, non può ritenersi conforme all'intenzione del legislatore che nell'art. 208 c. p. c., che prevede appunto il bisogno di assumere una data prova nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, dispone, senza fare differenza fra le diverse prove, che l'autorità giudiziaria, che istruisce la causa, può richiedere direttamente anche il pretore del luogo dell'assumenda prova, e gli art. 271 e 272 codice stesso che riguardano l'accesso giudiziale parlano in genere della delegazione di un giudice ancora senza distinzioni e limitazioni, certamente perchè nei limiti del possibile, anche un accesso giudiziale effettuato da un giudice che non appartenga al Collegio giudicante potrà riuscire profittevole a questo, essendo risaputo che il giudice istruttore che si fa assistere da perito e da testimoni informati, dirige l'atto istruttorio, ne accerta le risultanze e non le affida alla propria memoria, ma le raccoglie e le registra nell'apposito verbale.

Anche i periti quando procedono da soli non si presentano all'udienza civile a discutere le cause od assistere i patrocinatori, ma affidano i loro apprezzamenti peritali ad una relazione scritta, e d'altra parte anche il giudice delegato ad un accesso giudiziale e che appartenga al Collegio giudicante può non intervenire all'udienza in cui si discute poi la causa nella quale quell'incombente di prova sia stato ammesso, e ciò per motivi diversi, non escluso quello che pur si presterebbe ad essere facilmente superato, che il giudice passi ad altra Sezione dello stesso tribunale giudicante il cui personale sia diviso in più Sezioni.

—

BOLOGNA, 22 febbraio 1901 — *Pres.* Petrilli — *Est.* Tognoli = Finanze c. Fallimento Strisi.

Non il curatore del fallimento, ma l'erede deve fare la denunzia di successione di un commerciante fallito (1).

La legge, stabilito l'ente tassabile, non l'eredità, la successione, l' *universum ius quod defunctus habuit*, ma il trasferimento dei beni a causa di morte, dal qual momento il diritto dello Stato è certo, perchè in quel momento i beni si trasferiscono ad altri (articoli 1, 5, 79, 126 legge del registro), fece obbligo agli eredi, legatari, ai loro tutori e curatori, agli amministratori dell'eredità ed esecutori testamentari, di denunciare sotto sanzioni pecuniarie in termini fissi ed improrogabili l'avvenuto trasferimento (art. 79, 96); impedì agli eredi ed ai sunnominati di intentare azioni o ricorrere in giudizio senza avere eseguita la denunzia (art. 101, 109); obbligò i detentori per qualsiasi titolo di denari o valori appartenenti a successioni apertesi dopo il 31 luglio 1888 a denunziarli

---

(1) Cfr. VITI, *Accesso giudiziale*, nella *Enciclopedia giur.*, p. 515-317, dove la questione è ampiamente trattata. In senso contrario, MATTIROLO, *Tratt. di dir. giud. civ.*, IV ediz., II, 898.

(1) In senso difforme, A. Genova, 5 giugno 1900, Finanze c. Pallita Forno, la quale osservava che « se è vero che la tassa di successione deve essere pagata dagli eredi, è verò altresì ch'essa colpisce il patrimonio ereditario, ed è sulla consistenza del medesimo che la tassa è liquidata. Infatti, l'art. 5 della vigente legge sulla tassa di registro stabilisce che le tasse di successione colpiscono i trasferimenti per causa di morte; mentre poi nell'art. 78 fra coloro che sono obbligati alla denunzia dei trasferimenti per causa di morte sono indicati anche gli amministratori dell'eredità. Ora, il curatore del fallimento è di diritto amministratore dei beni del fallito anche nel caso che il fallimento sia dichiarato dopo la costui morte, e solo i di lui eredi possono presentarsi per supplire il defunto nella formazione del bilancio, nell'esame dei libri e nella procedura del fallimento, come è detto nell'art. 712 cod. comm. ».

sotto sanzione pecuniaria (art. 111), e gli ufficiali di stato civile a riferire ogni trimestre gli avvenuti decessi (art. 121). Diede facoltà ai ricevitori di applicare le tasse, non secondo il titolo e la forma apparente dagli atti, ma secondo l'intrinseca loro natura ed i loro effetti (art. 6); di non accettare il valore denunziato nel caso si potesse credere non conforme al vero, domandando la perizia (art. 25 e seg. 93, 96, 99), e determinò in modo specifico e tassativo la valutazione del passivo nelle successioni.

Dispose che la tassa fosse liquidata sulla denunzia e che in termine brevissimo fosse pagata (art. 85), concedendo al Demanio, oltre all'azione personale, un'azione reale sui mobili ed immobili (art. 89), ed accordando il diritto di opposizione sol dopo il pagamento della tassa (art. 138), e dichiarando espressamente che il ricorso in via amministrativa e giudiziaria non sospende l'obbligo di pagare (art. 135), ed infine per garantire i debitori di ogni possibile danno accordò loro un termine abbastanza lungo, due anni, per la deduzione dall'attivo della successione dei debiti onde ottenere la restituzione della tassa pagata in eccedenza. Nessuna disposizione speciale si ha nella legge per regolare la tassa di una successione che si verificasse durante lo stato di fallimento; e siccome è incivile ed assurdo supporre che il legislatore non abbia previsto il caso naturale della morte di un fallito, così ne consegue che devonsi anche nella specie applicare le norme generali.

Applicando queste norme, sorge diretta la conseguenza che il diritto dello Stato per la tassa sulla successione Strisi era certo il 12 agosto 1898, e che da quel momento gli eredi naturali, mancando il testamento, erano obbligati alla denunzia della successione, ed eredi erano tanto i presenti quanto quelli che avessero per caso accettato, mentre l'accettazione per la quale la legge civile accorda un trentennio (art. 943 c. c.) non è nè può essere condizione necessaria per esser obbligati alla denunzia che deve compiersi in un brevissimo termine, anzi tale denunzia come atto coattivo ed imposto dalla legge non può essere di ostacolo alla rinunzia che in seguito si volesse fare, non potendo mai qualificarsi per atto di accettazione.

Nè a tale denunzia poteva essere obbligato il curatore del fallimento, come rettamente giudicò il tribunale; sia perchè esso non è, col nome suo proprio datogli dal legislatore, indicato nell'art. 79 fra le persone obbligate alla denunzia; sia perchè esso non può in alcun modo dirsi un amministratore dell'eredità, perchè se è vero che esso amministra il patrimonio del fallito colla assistenza della delegazione dei creditori e del giudice delegato per mandato della legge, ciò eseguisce, non come rappresentante dell'eredità o degli eredi, ma quale rappresentante della massa dei creditori, quindi erroneamente il ricevitore del registro mise a suo carico nella liquidazione le pene pecuniarie che devono, come la tassa, andare a carico degli eredi soli inadempienti all'ordine della legge.

—

NAPOLI, 11 febbraio 1901 — *Pres.* Capaldo — *Est.* Bianco = Di Marco *utrinque.*

È valida la sostituzione de eo quod superit (1).

Nella discussione dei diversi gravami, conviene muovere da quello delle stirpi di Agostino e Filippo Di Marco, che investe la sentenza del tribunale nel punto più controvertito della lite, lì ove non ebbe data efficacia giuridica (comechè racchiudente una sostituzione fidecommissaria vietata) alla clausola testamentaria scritta da Crescenzo Di Marco nel suo testamento del gennaio 1840, la quale per vece, a dir loro, avrebbe raffigurata la ipotesi consentita di un vero e proprio *legatum de eo quod supererit.*

Le ragioni delle doglianze, mosse dagli eredi di Agostino e Filippo Di Marco, alla sentenza, la quale, senza discuterlo, invalidò la clausola del testamento di Crescenzo Di Marco, come sostituzione fedecommissaria vietata, hanno il lor fondamento nella legge e nella comune dottrina. È mestieri riferirla: « Del resto dei miei beni, di qualunque natura siansi . . . . . . istituisco, fo, e nomino mio erede universale e particolare il mio nipote Teodoro, figlio del mio fratello Eusebio, potendo disporne a suo piacimento; voglio però che dopo al mio decesso, i miei beni stabili sieno divisi fra tutti i figli maschi, nati e nascituri dal detto mio nipote Teodoro, restando escluse le femmine ». Il tribunale ravvisando in questa disposizione l'onere dell'erede di conservare e restituire ai figliuoli di lui i beni, una vera e propria sostituzione fedecommissaria vietata, le ha, in nome dell'art. 899 c. c., negata ogni efficacia giuridica. Ma esso non ha posto mente all'evidente inapplicabilità di codesto articolo alla clausola del testamento di Crescenzo Di Marco.

Dalla dizione di questo articolo, ove aleggia lo spirito abolitore d'ogni vincolo della legislazione francese. e che è la letterale riproduzione del 779 del codice Albertino, e

---

(1) Cfr. A. Casale, 22 gennaio 1901 in questo stesso fascicolo, p. 461.

del 943 del napoletano, appare evidente che la legge colpisce del suo divieto, per alte ragioni d'ordine economico e giuridico, quelle sostituzioni fedecommissarie con le quali all'erede o al legatario sia imposto l'obbligo di conservare e restituire ad una terza persona l'eredità o il legato. E solo col rigido nesso che traspare dall' ordine successivo dei chiamati, e dal cumulo del duplice dovere di conservare e restituire, onde ogni libertà di disposizione vien tolta, si scorge l'elemento caratteristico della sostituzione fedecommissaria vietata.

Nessuno di codesto doppio vincolo fu imposto al suo erede Teodoro dal testatore Crescenzo Di Marco; il quale, nel concedere al suo erede piena libertà di disposizione dei beni legati, nel solo limite di lasciare ai figli maschi di lui quei beni che fossero residuati da alienazioni non fatte, intese di istituire un vero e proprio legato « de eo quod mortis tempore supererit », riconosciuto dall'antica legislazione francese, già troppo corriva a spezzare ogni vincolo che infrenasse la libera disposizione dei beni, e dall'odierno codice italiano. Imperocchè dai più autorevoli interpreti di esse, e dagli esempi più classici di giurisprudenza, fu ricevuto con la efficacia di una *communis opinio*, che nel *legatum de residuo*, il fiduciario non ha obbligo di conservare, ed ha per vece il diritto di disporre dell'eredità e del legato; e la disposizione di rendere ad una determinata persona i beni che supereranno, costituisce secondo le norme del diritto comune un legato ordinario nel costui favore, secondo cui direttamente dalla volontà del testatore saranno trasmessi i beni compresi nel residuo. La statuizione quindi dei primi giudici che disponendo la divisione della eredità di Teodoro Di Marco a norma di legge e del suo testamento tra tutti i suoi figliuoli, negò ogni efficacia al *legatum de residuo*, istituito dal vecchio Crescenzo Di Marco nel suo testamento del 13 genn. 1840, deve essere revocata, disponendo invece di codesto legato la esecuzione.

—

NAPOLI, 30 gennaio 1901 — *Pres.* Tommasi — *Est.* Perfumo — Musella c. De Lucia.

1. *L'artista di canto che non potè prestare l'opera sua nella recita convenuta, per sopraggiunta indisposizione, non ha diritto a pretendere il relativo compenso* (1).

2. *Continuando la indisposizione per tutto il periodo di tempo durante il quale dovevano esser date le recite, l'artista non può, dopo ristabilito, pretendere che siano date ugualmente o che gli sia pagato il pattuito compenso* (2).

3. *Nè può ammettersi l'artista a provare che per consuetudine teatrale esso ha diritto di supplire le recite mancate per malattia giustificata* (3).

Se non può porsi in dubbio, che per virtù dei patti della scrittura, il De Lucia era obbligato a recitare ogni due sere, e se è pacifico tra le parti che il nostro massimo teatro, per l'infermità vocale del De Lucia, rimase chiuso dal 30 dic. 1897 al 5 gennaio 1898, nel quale fu riaperto con altro artista tenore, il Gorga, la Corte non esita a ritenere che il medesimo caso fortuito che impedì al De Lucia di poter completare la recita del 30 dic., debba applicarsi eziandio alle recite mancate del 1, 3 e 5 genn. Non s'obbietti che il De Lucia non era obbligato ad eseguire le recite in determinati giorni, essendo tale obbiezione confutata dal patto che lasciava in facoltà dell' impresario di stabilire i giorni in cui le stesse dovevano eseguirsi con la sola ed unica limitazione di non doversi succedere l'una all'altra. Ciò posto, non havvi chi non consideri quali gravi danni dovè patire il Musella per le tre mancate recite del De Lucia nei giorni in cui capitò la massima delle feste, quale è quella del capo d'anno, e quando si ponga mente che un artista tanto celebrato, quale è il De Lucia, non poteva essere così facilmente sostituito; tanto più che non era stata fin allora messa in iscena che soltanto l'opera del Puccini.

L'impresa teatrale (come fu bene osservato in altro stadio del giudizio) è qualche cosa di vasto ed organico, che eccede e sta al disopra delle singole contrattazioni coi singoli artisti: tutto vi è determinato secondo un progetto prestabilito, sia per quanto riflette

---

(1-3) La consuetudine teatrale stabilisce in otto [giorni] il termine per il quale, in casi di malattia, [no]n può essere sospesa o diminuita la paga per gli [art]isti di canto (ROSMINI, *Legisl. e giur. dei teatri*, n. 539). Però tale consuetudine, come rileva testè anche il TABANELLI (*Il cod. del teatro*, ed. Hoepli, 1901, p. 132), non è applicabile nel caso che l'artista fosse stato scritturato non già ad anno o stagione, ma bensì per poche recite: allora troverebbe applicazione il principio generale e rigoroso del diritto, che cioè l'artista non deve essere pagato che in ragione dell'opera prestata. Ciò che infatti giustifica quella consuetudine è, da una parte, la esiguità del danno che subisce l'impresa, dall'altra la poca gravità dell'inadempienza dell'attore di fronte all'insieme delle obbligazioni assunte; ragioni queste che non militano certo nel caso in esame.

Pei precedenti di questa causa, v. Cass. Napoli, 21 gennaio 1899 in *Filangieri*, 1899, 439.

le opere da rappresentare, sia per gli artisti che vi devono prender parte, sia per le masse corali ed orchestrali, che devono scritturarsi, sia per gli autori, le cui opere devono rappresentarsi. L'impresa ha principalmente di mira le sue obbligazioni verso il pubblico teatrale: al soddisfacimento di queste obbligazioni deve concorrere il singolo artista con la singola sua opera, la quale perciò diviene subordinata al movimento dell'insieme. Il caso fortuito, adunque, verificatosi per l'infermità di un artista deve sopportarsi dallo stesso e dall'impresario nel senso che questo non deve pagare l'equivalente di ciò che non riceve, e quello è liberato dai danni ed interessi per l'involontario pregiudizio che ha potuto arrecare per la sua malattia (art. 1226 c. c.). Nella specie poi torna inutile il dire che le recite mancate ben potevano essere rimpiazzate durante il corso della scrittura, quando si rifletta che il potere non è il dovere, e non è facile per un impresario che ha inteso gravi danni per la malattia di un grande artista poterlo adibire a stagione teatrale inoltrata quando i suoi impegni o le sue convenienze nol consentissero.

Nel caso concreto la prova testimoniale chiesta in via subordinata dal De Lucia, diretta a dimostrare che per consuetudine teatrale egli aveva diritto di supplire le recite mancate nei tre giorni 1, 3 e 5 genn. 1898, per ragione d'infermità giustificata, nel restante termine che rimaneva per l'esecuzione della scrittura, è affatto frustranea, avendo la Corte ritenuto che l'infermità di un artista costituendo un caso di forza maggiore, il danno per esso derivato va inteso da quello col mancato pagamento della pattuita ricompensa e dall'impresario coi mancati introiti serali e col pagamento per giunta degli altri artisti scritturati a mese e delle masse corali ed orchestrali.

—

CASALE (Sede di rinvio). 22 gennaio 1901 — *Pres.* ed *Est.* Fochesato = Brodà *utrinque*.

È valida la sostituzione de eo quod supererit (1).

Fu detto, e fu detto bene, che essa è una elegante questione di diritto civile e per la stessa sua natura, e perchè variamente sostenuta in dottrina e diversamente decisa nel foro, quella che è chiamata a risolvere la Corte, se cioè l'obbligo imposto all'erede di trasmettere ad altri l'*id quod supererit*, ossia quanto gli rimarrà dei beni ereditari, costituisca o meno una sostituzione fedecommissaria di fronte alla disposizione dell'art. 899 c. c., il quale suona: « Qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona è sostituzione fedecommissaria. Tale sostituzione è vietata »; — o quanto meno sia nulla tale disposizione testamentaria dello Stefano Brodà (di cui giova riportare il tenore: « La detta mia moglie potrà liberamente disporre della mia eredità per atto tra vivi, ma, venendo a morte, ove sopravanzi qualche cosa, voglio passi in proprietà degli eredi maschi del fu mio fratello Andrea »), di fronte agli art. 835 e 916 combinati coll' art. 849 ed art. 436 codice stesso, il primo dei quali dichiara nulla qualunque disposizione che lascia interamente all'arbitrio dell'erede o di un terzo di determinare la quantità del legato, il secondo e terzo, che nel testamento si hanno per non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie alle leggi od al buon costume; e la disposizione *de residuo*, contenendo una restrizione al diritto di proprietà, è quindi contraria alla legge, e dovendo l'istituito restituire ciò che gli rimane dei beni donati o legati, non ha il potere di disporre per testamento, e perciò resta violata eziandio la facoltà illimitata di testare, consacrata dall'art. 916 codice stesso; ed il terzo finalmente, il quale dispone che la proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti, e colla proibizione di disporre delle cose legate si viene a violare questo precetto di legge.

Sotto l'aspetto principale di violazione dell'art. 899, tutti sono d'accordo, favorevoli ed oppositori, alla validità del legato *de residuo*, che la legge annulla la disposizione con la quale l'istituito è incaricato di conservare e restituire ad un terzo i beni che ha ricevuti dal disponente, cioè che contiene:

a) una doppia disposizione, per cui due sono i chiamati a succedere, l'uno in maniera diretta, l'altro in maniera obliqua; l'uno fiduciario, l'altro fedecommissario;

b) l'obbligo di conservazione dei beni per restituirli ad una terza persona.

Ora nel fedecommesso *de residuo* vi ha l'onere di conservare, vi ha l'ordine successorio?

Ecco il vero punto della questione.

Coloro che si pronunciano per l'affermativa in sostanza ragionano come la sentenza della Corte d'appello, cassata, sulle orme del Gabba e del Ricci, che non è esatto l'affermare che

(1) Cfr., da ultimo, A. Bologna, 12 dicembre 1899, in *Filangieri*, 1900, 542, col richiamo; A. Napoli, 11 febbraio 1901, in questo stesso fascicolo, p. 459.

nella sostituzione in parola si contenga soltanto l'obbligo della restituzione e non quello della conservazione e l'ordine successorio, poichè, secondo si esprime il primo: se pur non sia vero che l'eventuale residuo sia l'oggetto del fedecommesso, un fedecommesso eventuale non è mai stato ritenuto una giuridica impossibilità, perchè, se anche lo stesso eventuale residuo non abbia a cominciare ad essere oggetto di conservazione che all'ultimo momento della morte del fiduciario, col solo pratico effetto di interdire a quest'ultimo di disporre per testamento a pro di persona diversa dal fedecommissario nominato dal testatore, eziandio questo non può costituire una difficoltà insuperabile, nè grave all'ammissione del vincolo fedecommissario; soltanto dovrà dirsi che questo fedecommesso, oltre essere eventuale, differisce anche dagli altri in ciò, che i suoi effetti, la sua giuridica consistenza cominciano, non già alla morte del testatore, ma nell'ultimo momento della vita del fiduciario. Ma si abbia un momento di tempo, sia pure brevissimo, nel quale l'istituito in *id quod superverit* si trova essere semplice possessore del residuo e così ci sia un momento nel quale egli non può far altro, rispetto a quel residuo, se non trasmetterlo al fedecommissario, astenendosi dal testarne a pro d'altro, in tal momento, una volta che la vita e la morte non si confondono, e che fra l'una e l'altra la nostra mente deve successivamente frapporre una, per quanto minima, distanza, in tal momento non si può a meno di riscontrarre l'obbligo di conservare. E (giusta quanto con cui si esprime il secondo) perchè, dato l'obbligo della restituzione, nel medesimo si contiene implicitamente e necessariamente quello della conservazione, dappoichè è evidente che non si può restituire una cosa se non la si è conservata, onde chi è tenuto a restituire è pur tenuto a conservare, vero che l'erede può a suo talento disporre delle cose ereditarie, e può far sì che al tempo di sua morte tutta l'eredità sia consumata, ma è pur vero che il suo diritto riceve una limitazione a riguardo delle cose che esso non avrà creduto di alienare, facendoglisi divieto di poterne disporre per atto di ultima volontà.

Ora questo divieto è imposto a riguardo d'una persona designata dal testatore, e che deve succedere nelle cose ereditarie che ancora saranno nel patrimonio del primo istituito al tempo di sua morte: dunque non può non vedersi nella specie quell'ordine successorio che costituisce fedecommesso.

Riassumendo e sintetizzando, i motivi pertanto che fanno valere gli oppositori sono che, sia pure per un momento, l'istituito nel legato *de residuo* è tenuto a conservare a favore di chi fu designato quale sostituito, e che v'ha un ordine successorio, il che è proibito dalla legge.

È ciò vero, o meglio, giuridicamente esatto?

La Corte di cassazione colla sua decisione, colla quale ha demandato a questa Corte di dire la sua parola su tale questione, vi ha così risposto vittoriosamente ed esaurientemente:

« L'obbligo di conservare, consistente soltanto nel divieto di disporre per testamento od anche solo di lasciar passare la sostanza ai propri eredi legittimi nel momento della morte, che è quanto dire in quell'attimo fuggente che separa l'una dall'altra vita, l'obbligo di conservare ciò di cui il morente avrebbe potuto e può con tutta libertà disporre per atto tra vivi, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, finchè non abbia esalato l'ultimo respiro, non è davvero l'obbligo di conservare che il legislatore, insieme all'altro di restituire, ha tolto a caratteristica della sostituzione fedecommissaria. Il concetto della conservazione obbligatoria implica una tal quale, sia pure incerta ed eventuale, durata, e se metafisicamente l'obbligo di conservare si concepisce ristretto ad un istante solo, non lo si può egualmente concepire, così circoscritto e ridotto quasi ad una semplice astrazione, per farne un elemento sostanziale dei fedecommessi, i quali, in tanto sono proibiti, in quanto sottraggono i beni per maggiore o minor tempo, ma certo non per un solo momento inafferrabile, al libero commercio, che essenzialmente si alimenta e si svolge con le contrattazioni fra vivi, e non coi trasferimenti inevitabili e fatali a causa di morte ».

No, la disposizione *de residuo* non è vietata nè dalla lettera, nè dallo spirito della legge (art. 899 c. c.). Non dalla parola, perchè nel fedecommesso *de quo* non vi è onere di conservare, poichè l'istituito è tenuto solamente a restituire ciò che gli rimarrà; egli dunque ha la facoltà illimitata a disporre come crede, e la legge annulla la disposizione, come chiaramente si esprime, quando l'istituito è incaricato di conservare e restituire ad un terzo i beni che ha ricevuto dal disponente; e non vi ha una vera sostituzione.

Invero egli ha chiamato eredi i suoi nipoti che erano vivi al tempo della sua morte nelle cose che rimarranno alla morte di sua moglie e di cui ella non avesse disposto per atto tra vivi. Sono gli eredi di esso disponente dunque e non del legatario: in quest'ultimo caso soltanto poteva esservi una sostituzione, inquantochè il diritto dei sostituiti non si aprirebbe che alla morte dell'istituito.

Invece si hanno due liberalità che s'a-

prono nel medesimo istante alla morte del testatore: l'una riceve il suo effetto immediatamente, quella del legatario, l'altra se il legatario morrà lasciando dei beni: la prima è un diritto certo, immediato, l'altra un diritto futuro, eventuale, ma che si è acquisito dai di lui eredi.

Non dallo spirito, perchè dal nostro legislatore, come anche dal francese, al quale si è ispirato con siffatta proibizione, si è voluto vietare la sostituzione fedecommissaria degli antichi regimi, la sostituzione cioè che metteva i beni sostituiti fuori commercio, colpendoli d'inalienabilità.

Dal momento che l'istituito può disporre dei beni sostituiti non vi è più sostituzione nel senso dell'art. 899.

Vi è sostituzione fedecommissaria solo quando il sostituito raccolga direttamente e necessariamente i beni per la morte dell'istituito, dal disponente, ma non quando la trasmissione è tenuta in sospeso fino all'avvenimento di un patto futuro ed incerto.

Senza la clausola imperativa del conservare non può ravvisarsi nel legato di *quod ex bonis supererit* sostituzione fedecommissaria proibita.

Ed a confortare tale opinione della Corte, conforme a quella dei primi giudici e della Cassazione, v'hanno anche dei principî che importa non dimenticare, quali che le proibizioni, ancorchè siano fondate su motivi d'ordine pubblico, sono di stretto diritto; che, nel dubbio, le disposizioni testamentarie devono sempre interpretarsi nel modo che facciano loro produrre un effetto, e che fino a dimostrazione in contrario devesi ritenere che il testatore non abbia voluto ciò che la legge proibisce.

Non ogni sostituzione, dice il Toullier, è proibita, occorre che presenti i caratteri determinati dalla legge: la legge richiede l'onere di conservare, e quest'onere non si riscontra nel fedecommesso *de residuo.*

Il Laurent riportando una sentenza della Corte di Bruxelles che, come nella specie, ebbe ad annullare un fedecommesso *de residuo,* perchè non potendo l'istituito disporre per testamento dei beni che gli rimanevano alla sua morte, concluse (come i sostenitori della invalidità nel caso presente) che doveva adunque conservarli e restituirli al sostituito, dice: « questo è un errore palpabile. Infatti al momento stesso in cui l'istituito è tenuto a conservare, secondo la Corte di Bruxelles, egli ha la facoltà di alienare a titolo oneroso ed anche a titolo gratuito; e si può dire di colui che ha tale diritto illimitato di disporre, che è tenuto di conservare? ».

L'art. 899 intese di proibire quelle disposizioni colle quali si vieta al gravato di disporre e per atti tra vivi ed a causa di morte, a titolo gratuito ed a titolo oneroso: in una parola, come si preaccennò, quelle disposizioni colle quali si mettono i beni fuori di commercio a tempo indefinito. Per questo la legge le proibisce e le annulla; ma perchè l'istituito non può disporre per testamento, non si può dire che i beni sono posti fuori commercio. Per di più v'ha una ragione decisiva. Gli eredi del disponente, a cui i beni che rimarranno debbono essere restituiti, non tengono il loro diritto, nè direttamente, nè necessariamente, come nella vera sostituzione fedecommissaria vietata, dal disponente, poichè questi ha permesso al legatario di spendere tutto fino all'ultimo soldo; e se gli eredi conseguono i beni, o ciò che rimarrà, è perchè l'istituito non ha disposto dei beni come ne aveva diritto; perciò gli eredi tengono il loro diritto dal gravato; mentre che nella vera sostituzione il gravato non è che l'intermediario pel quale i beni loro pervengono.

Ed egualmente ragiona il Pescatore nella sua aurea opera *Filosofia e Dottrine giuridiche,* al capitolo *Criterio di applicazione dell'art. 899 c. c.*

Nella chiusa di detto articolo si legge: che deve ritenersi sostituzione fedecommissaria vietata « qualunque doppia vocazione con ordine successorio anche di due soli gradi, che prorogata identicamente ad ogni secondo grado può diventare a perpetuità, o a tempo indefinito, uno statuto successorio domestico ».

E spiegando ed illustrando questo suo concetto così sinteticamente espresso dice: Il fedecommesso, il quale fu contemplato dalle leggi proibitive ed abolitive, fu lo statuto successorio di famiglia, fu quello che mira a fondare uno statuto successorio domestico, è perciò che ogni condizione risolutiva, ogni doppia vocazione, sia pure una successiva all'altra, che per la specialità dei suoi aggiunti si dimostri estranea al pensiero d'impiantare nella propria famiglia un ordine successorio particolare in contraddizione alle leggi comuni, non dovrà reputarsi sostituzione fedecommissaria vietata (ed altrove il legislatore non si diparte dal suo concetto, che è quello di colpire le sostituzioni fedecommissarie in quanto sono dirette a creare in una famiglia un ordine successorio particolare). D'onde conseguita che quando la seconda vocazione, sia, per le stesse sue modalità, inconciliabile con questo scopo, non deve essa reputarsi colpita dalle leggi proibitive, le quali non debbono applicarsi fuori dell'orbita segnata dal fine che si propongono.

Ora tali non sono certo le modalità dell'istituzione in contesto.

Sotto l'aspetto subordinato dapprima della violazione dei combinati art. 849, 916, inquantochè viene impedito di testare all'istituito, siffatta violazione non esiste.

Il legato fatto ad una persona con la clausola di restituire ciò che rimarrà agli eredi del defunto è un legato a termine, vale a dire che questi non trasmette al legatario che una eredità temporanea quanto agli oggetti di cui non dispone durante la sua vita. Questo diritto cessa colla sua morte, è dunque naturale che non possa disporre per testamento delle cose che sono state legate, poichè il testamento non ha effetto che alla morte, ed in questo momento il diritto del legatario cessa.

Il diritto degli eredi è un diritto eventuale che esiste, ma che è subordinato ad un'alea, in guisa che può ridursi a nulla. Essi tengono il loro diritto dal testatore, adunque è un legato, il legato diviene esigibile alla morte del legatario, dunque è un termine, è uno di quei termini che sospendono solamente l'esecuzione della disposizione secondo l'intenzione del testatore nella quantità degli oggetti, perchè ciò dipende dall'alienazione che farà l'erede, che può anche ridursi a nulla, ma il diritto per essere aleatorio non è meno certo.

Sotto l'altro aspetto di violazione dell'articolo 436 che, avendosi più sopra dimostrato come il legato *de residuo* sia un legato a termine, vale a dire, che il defunto non trasmette al legatario che un'eredità temporanea quanto agli oggetti di cui non dispone durante la sua vita, non viola neppure il diritto assoluto di proprietà, poichè il diritto di un proprietario temporaneo non è assoluto.

Finalmente sotto l'ultimo aspetto di violazione dell'art. 835, non è vero che l'onere di restituire con la facoltà pel legatario di disporre di tutte le cose ereditarie, sia od un onere puramente potestativo, o sia viziato nella sua essenza, perchè in fin dei conti si lascia all'arbitrio dell'erede di determinare la quantità del legato, ciò che la legge proibisce, imperocchè l'onere non dipende dal beneplacito del legatario. Egli può bensì alienare e nulla lasciare agli eredi del testatore, ma se non aliena, gli eredi hanno un diritto sui beni che rimangono; diritto eventuale, è vero, ma che basta, perchè l'eventualità non dipenda da un onere puramente potestativo, nè dall'arbitrio totale dell'istituto, imperocchè l'articolo in discorso dice essere nulla la disposizione che lascia *interamente* all'*arbitrio* dell'erede di determinare la quantità del legato.

Si accampò ancora che doveva ritenersi proibito il fedecommesso *de residuo* per analogia della proibizione della sostituzione pupillare argomentando che se, non ostante la libertà di alienare spettante al pupillo, questa sostituzione non è conservata, è manifesto che l'alienabilità dei beni ereditari non è circostanza sufficiente a togliere a una disposizione il carattere di fedecommesso; e che quanto si volle appositamente bandire dal patrio legislatore è la sopravvivenza della volontà del testatore al trapasso della proprietà nell'erede, una quale sopravvivenza indubbiamente sussiste anche nel legato *de residuo*.

A combattere siffatta argomentazione di analogia, oltrechè le ragioni addotte dalla Corte di cassazione e che si adottano e fanno proprie, basterà osservare in contrario che il legislatore permette che possano essere chiamati a ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancora concepiti (articolo 764 c. c.).

Per le cose discorse devesi conchiudere pertanto che l'istituzione *de residuo* non può dirsi proibita.

Che se si volesse fare della facile erudizione si potrebbe aggiungere che in dottrina ed in giurisprudenza è quasi unanime l'opinione favorevole, cioè della validità, sia nostrana che forestiera.

Stanno per l'affermativa, a quanto ci consta, in dottrina in Francia: Demolombe, Laurent, Aubry e Rau, Massé e Verge, Troplong, Delvincourt e Toullier; contrari: Merlin e Dalloz. In Italia favorevoli: Pacifici-Mazzoni, Mattei e Pescatore; contrari: Borsani, Ricci e Gabba.

In giurisprudenza tutte le Cassazioni: Roma, sent. 20 luglio 1894; Palermo, 6 novembre 1867; Napoli, 29 ott. 1896 e 21 giugno 1889; Firenze, 23 luglio 1883, e Torino con sei sentenze: 19 dic. 1892, 16 giugno 1896, 9 giugno 1897, 30 aprile 1892, 31 luglio 1891, e pressochè tutte le Corti d'appello che furono chiamate a pronunciarsi, perocchè anche quelle che si pronunciarono contro, come Venezia, Genova, Torino, Roma e Firenze, hanno delle decisioni, ed in maggior numero, favorevoli.

P. q. m., riforma, ecc.

—

TORINO (sede di rinvio), 21 gennaio 1901 — *Pres.* Giusto — *Est.* Bolognini = Biasotti c. Marchelli.

Non possono ritenersi consumati, a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1429 c. c., i frutti che il marito abbia capitalizzati ed impiegati in proprio favore (1).

(1) Cons. in arg. A. Venezia, 2 agosto 1887 in questo *Filangieri*, 1887, 2, 7. — Identicamente alla

Rimessa la presente causa dal supremo magistrato a codesta Corte, perchè sia nuovamente trattata e decisa nei punti nei quali la sentenza della Corte di Genova venne cassata, la decisione in questa sede di rinvio deve essere circoscritta ai seguenti due temi di controversia, cioè:

1.° Se il notaio Biasotti debba essere dichiarato tenuto a rendere conto anche dei beni parafernali della moglie in capo suo investiti in impiego fruttifero;

2.° Se il sequestro, stato concesso dal presidente del tribunale di Genova con decreto 17 agosto 1898, debba restar fermo.

Sulla prima questione si osserva che il notaio Biasotti, pur contestando di aver gerito i beni parafernali della moglie, e di aver profittato delle rendite parafernali di essa, ad esimersi dall'obbligo di rendere il conto dei frutti dei detti beni parafernali e che sarebbero stati impiegati in capo suo, si trincera dietro il disposto dell'art. 1429 c. c., giusta il quale il marito che, come sarebbe nel caso in esame, ha gerito i beni parafernali della moglie senza procura, ma senza opposizione per parte di essa, alla prima domanda della moglie, egli e i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti, senza obbligo di rendere quelli già consumati.

In base a tale disposto di legge e nell'ipotesi abbia capitalizzato in capo suo i frutti dei beni parafernali, il notaio Biasotti sostiene non essere tenuto di codesti frutti a dar conto, essendochè, convertiti in capitale prima di qualsiasi opposizione della moglie, cessarono legittimamente di esistere come frutti e conseguentemente di essere ripetibili, dovendosi ritenere come consumati.

Sostiene in contrario la Laura Marchelli che i frutti di cui essa chiede il rendiconto, essendo stati dal marito in capo suo investiti in impiego fruttifero, li medesimi non si possono ritenere come consumati, e perciò essendo tuttora esistenti, la moglie pel citato art. 1429 c. c. è in diritto di pretenderne la consegna.

Tutta la questione, di sua natura affatto giuridica, sta nell'interpretazione della menzionata disposizione di legge, e giudicare se questa risponda alla tesi propugnata dall'appellante notaio Biasotti, o non piuttosto a quella sostenuta dall'appellata Laura Marchelli.

La Corte Suprema in suo giudicato 15 giugno 1900 ha avvisato favorevolmente all'assunto dell'appellante notaio Biasotti, ma questa Corte, senza venir meno alla reverenza che professa ai responsi del superiore magistrato, ritiene non poter accettare la teoria da esso nella succitata sentenza propugnata.

In vero, per quanto si voglia sottilizzare sul significato delle parole della legge « frutti esistenti, frutti già consumati », non potrassi mai dette parole interpretare nel senso che i frutti di capitale, di beni qualsiasi si debbono dire più non esistenti, e già consumati pel solo fatto che i medesimi sono stati investiti in capitale fruttifero.

Tanto nell'ordine fisico, quanto nell'ordine economico l'inesistenza e la consumazione dei frutti implica necessariamente il concetto, che tali frutti più non esistendo, più non si trovino a libera disponibilità di chi li riscosse, per averli realmente per qualsiasi motivo spesi e consumati; ma quando invece tali frutti, anzichè consumati sono stati capitalizzati ad impiego fruttifero, in allora non potrassi dire che i medesimi più non esistano e che siano pel solo fatto dell'impiego stati consumati, essendo assiomatico che frutti anche trasformati coll'investimento loro in mutui continuano ad esistere, potendo e dovendo i medesimi ritornare alla libera disponibilità di chi momentaneamente ne ha disposto.

Se così è, la conseguenza giuridica sarà che quando fosse vero che il notaio Biasotti abbia in capo suo investito i frutti dei beni parafernali della moglie, di detti frutti, perchè tuttora esistenti e non stati consumati, dovrà alla moglie fare effettiva consegna.

Nè si dica in contrario che assoggettando il notaio Biasotti all'obbligo di rendere il conto dei frutti da lui percetti, si viene ad esercitare un minuzioso controllo sul modo, in cui di detti frutti ha disposto, da menomare così la sua autorità di capo di famiglia e da compromettere per avventura la pace domestica, conseguenza che il legislatore si sarebbe studiato di allontanare col dettare il disposto dell'art. 1429 c. c.; avvegnachè, ristretto il rendiconto a quei frutti che tuttora esistono capitalizzati in mutui, o non stati in modo qualsiasi consumati per bisogni ed usi famigliari, qualunque essi

---

massima su riferita ha deciso la Corte d'appello di Genova con due successive sentenze, la prima in data 20 marzo 1899 Coppelli *utrinque* (*Temi gen.*, 1899, 178), la seconda in data 1.° settembre 1899 (*Ib.*, 1899, 533 e *Annali*, 1899, 380) nella causa che, in seguito a rinvio della Cassazione, diede origine alla decisione che riportiamo. Della quale dividiamo pienamente l'avviso perchè se scopo della disposizione dell'art. 1429, che è, in tutta evidenza, di strettissima interpretazione, fu quello di impedire pericolose o irriverenti indagini nell'intimo della famiglia, esso non ha affatto motivo di essere invocato nella specie dove trattasi, non di controllare l'operato del marito, ma di constatare la esistenza di capitali provenienti dalla sostanza parafernale della moglie.

siano stati, viene eliminato qualsiasi controllo sul come i frutti più non esistenti siano stati spesi, ed eliminata così ogni ragione di attrito che possa minare la tranquillità e la pace della famiglia. Neppure si dica che la ragione della legge conforti la tesi contraria, che invece, ad avviso della Corte, concorre a consigliarne la reiezione.

La ragione invero per la quale nel caso di cui all'art. 1429 c. c. il marito è tenuto a consegnare solo i frutti esistenti, sta nella presunzione di sanatoria che la moglie accorda al marito per quei frutti dei beni parafernali che questi ha effettivamente spesi per la famiglia, sia pure per bisogni del tutto non necessari; ora tale presunzione di sanatoria, e conseguentemente la ragione della legge, certamente non puossi più avere relativamente a quei frutti che, sopravvanzati dopo soddisfatti i bisogni famigliari, vengono capitalizzati dal marito in capo suo, avvegnachè in quest'ultimo caso più non sussisterebbero quei motivi, pei quali la moglie abbandona incondizionatamente al marito la gestione dei suoi beni parafernali, motivi che si compendiano appunto nel naturale impulso di servire al benessere della famiglia e non mai nell'intento di accrescere le sostanze del marito.

Sorretta così dalla lettera e dallo spirito della legge, la domanda avanzata dalla Laura Marchelli per far dichiarare tenuto il marito a dar conto anche dei frutti tuttora esistenti dei di lei beni parafernali, deve dalla Corte, come pur fece il tribunale di Genova, venire assecondata coll'ammettere anzitutto i capi di interrogatorio stati dalla attrice articolati, siccome quelli che rispecchiando le fasi e le vicissitudini tutte dell'amministrazione che sarebbe stata tenuta dal notaio Biasotti dei beni parafernali della moglie, racchiudono elementi di fatto influenti e rilevanti nel senso di accertare se quali e quanti siano i frutti che, a senso delle sovra fatte considerazioni, deve il notaio Biasotti alla propria moglie consegnare.

P. q. m., conferma, ecc.

—

BOLOGNA, 21 dicembre 1900 — *Pres.* Costa — *Est.* Marconi = L. C. c. C. A.

È tenuto al risarcimento del danno cagionato il seduttore di donna giovane, povera ed onesta, specie se sia d'età matura e d'agiata condizione, se abbia abusato di antiche relazioni di famiglia e promesse di lieto avvenire (1).

Il L. C. torna a sostenere che la donna la quale si lasciò cogliere il fiore della verginità, consentì a farsi godere dall'uomo che parlandole d'amore ed anche promettendole vantaggi morali e materiali la persuase a darglisi, essendo essa pure colpevole, perchè volle il fatto illecito, non può fondare alcun diritto sulla propria colpa, che anzi neppure fatti non costituenti promesse di matrimonio, serie, ripetute, efficaci costituiscono seduzione in senso giuridico. La prova ammessa dalla impugnata sentenza, anche se i testimoni vi corrispondessero, non stabilirebbe alcun fatto in cui si estrinseca la detta seduzione, e dai quali quindi può sorgere l'azione di cui all'art. 1151 c. c., quindi detta prova non è ammissibile; essendo poi improponibile in quanto tenderebbe attribuire a lui la paternità della bambina data alla luce dalla C.

La Corte però avvisa che le suesposte rigorose teoriche, dottamente illustrate dal patrocinio del L., anche colla citazione di autori, non siano perfettamente corrispondenti al nostro diritto scritto e più specialmente alla lettera ed allo spirito dell'articolo 1151 c. c., pur ammettendo che una promessa di matrimonio, non seria, o che tale doveva e poteva sapersi dalla sedotta, e scompagnata da qualsiasi altro inganno o artifizio, non potrebbe accordare alla donna la protezione della legge.

Anzitutto il legislatore non fa della casistica per fini etici, ma bada a difendere i diritti, tra cui tiene un posto eminente quello all'onore, ed è poi risaputo che la libera volontà viene coartata dalla violenza morale, e che questa risulta dall'insieme di elementi obbiettivi e subbiettivi che di caso in caso bisogna vedere se sussistano, quali sono, pressioni, insistenze, accompagnate da minaccie di un qualche male, o da promesse mendaci di un qualche bene, gli artifizi, la diversità della condizione sociale, famigliare ed economica, dell'età, del sesso, e simili, del soggetto attivo e passivo.

Ora se un uomo maturo d'anni, in condizioni di agiatezza, e buona posizione sociale, riesce a vincere il pudore di giovanetta appena uscita dall'adolescenza, come la C., nata il 21 giugno 1877, ed onesta, di poveri natali, abusando di antiche relazioni colla di lei famiglia, profittando della confidenza che le inspira, ripetendole che l'ama e l'ama sempre perdutamente, promettendole un lieto avvenire, facendole perfino intravedere che la condurrà in moglie, in tal caso quest'uomo operò sulla sedotta una suggestione tale che

(1) Circa la responsabilità in caso di seduzione di donna maggiorenne, cfr. da ultimo, A. Venezia, 23 febbraio 1900 in *Filangieri*, 1900, 556. — Pel caso di minorenne, cfr. Cass. Firenze, 24 gennaio 1901 (*Ib.*, 1901, 282 col richiamo).

in effetto, siccome conseguìta con artifizî dolosi, si traduce giuridicamente in una vera violenza morale, e ciò tanto più sicuramente ove *apertis verbis*, o implicitamente, ma in modo non equivoco, siavi anche stata formale ripetuta promessa di matrimonio.

E l'uomo che così agì, abusando vilmente della inesperienza di una donna nel modo e nelle circostanze sopra indicate, non può scusare il suo dolo colla semplice colpa che pure può rimproverarsi alla vittima sua, e in cui la fece egli cadere, per sdebitarsi verso la stessa di ogni suo obbligo; perchè, a parte la coscienza e la morale, il diritto lo condanna, ed invano si rifugia all'ombra dell'art. 1151 c. c. pretendendo che lo stesso non assista la tradita.

Ciò posto, basta leggere il capitolato della prova orale, ammessa dal tribunale, dagli art. 1 al 5, per convincersi che con esso si tende a mettere in essere appunto tutto quell'insieme di fatti, che secondo i principî suesposti dànno diritto alla sedotta di ripetere dal suo seduttore i danni pel rapitole onore. Gli articoli poi successivi non tendono che a corroborare, a provare meglio la seduzione della C. ad opera del L., e mettere in rilievo la disonestà della sua condotta verso la C. avendola abbandonata dopo perfino resala madre. Non si tratta quindi di indagini sulla paternità, vietate dalla legge, perchè non è questo lo scopo della relativa proposta prova, tanto vero che sulla sua riuscita nessun diritto potrebbe poi vantare l'innocente creatura nata dalla C.

P. q. m., conferma, ecc.

—

MILANO, 25 luglio 1900 — *Pres.* Favini — *Est.* Maraschini = Società Sirio e Civolani c. Ditta Calamari e Sironi.

Non sono sottratti a pignoramento i salari dovuti agli operai (1).

In ordine alla sequestrabilità o meno dei salari dovuti agli operai, tesi questa di natura pregiudiziale nella soggetta vertenza, riconoscono gli stessi opponenti che nessuna disposizione di legge vieta il sequestro o meglio l'esecuzione delle mercedi degli operai, e per sostenere il contrario tentano ricorrere allo spirito che informa altre leggi speciali o disposizioni del codice di procedura civile intorno al pignoramento di determinati redditi ed oggetti, di cui è parola specialmente nel capo II, tit. II del libro che tratta della esecuzione forzata.

Ma è evidente che non è eguale la *ratio legis* divietante o limitante la sequestrabilità degli stipendi degli impiegati dello Stato e dei Comuni, concorrendovi, per questi, motivi d'ordine pubblico non verificabili ai riguardi delle mercedi dovute dai privati ai loro dipendenti: si versa in caso di *ius singulare* in cui non si ammette estensione dal caso contemplato al caso omesso. Detti salari, corrispettivo dell'opera che si presta, non sono perciò a ritenersi *a priori* quali assegni alimentari; potrà farsi questione di riduzione del pegno in contemplazione del disposto dell'art. 592 c. p. c. per quel tanto che dovesse assumere carattere di assegno alimentare lo stipendio pagato, ma nulla più; come del resto in rapporto alla stretta ed assoluta necessità per la sussistenza della vita e per l'esercizio dell'arte o mestiere vanno esclusi o possono esserlo gli oggetti a quelle inservienti.

Ma altro è se si parli di limitazione, altro di divieto assoluto, quando questo non è in legge espressamente sancito, e quando la sottrazione del minimo necessario alla vita è salvaguardato dalle previdenze stesse della legge, per cui dando l'eccezione si conferma la norma che segue al principio generale, che i beni tutti del debitore sono soggetti al pegno, giusta l'art. 583 c. p. c.

Merita inoltre nel caso soggetto considerazione la circostanza che la mercede al Civolani dovuta quale operaio stabile capo saponiere, si presenta, come si intende provare, in misura tutt'altro che appena sufficiente ai bisogni della vita.

(1) Cfr., da ultimo, Cass. Roma, 4 luglio 1899 in questo *Filangieri*, 1900, 452, col richiamo. In senso contrario Cass. Napoli, 5 dicembre 1900 (*Ib.*, 1901, 290).

---

c) — TRIBUNALI.

ROMA, 31 dicembre 1900 — *Pres.* Corbo — *Est.* Tempestini = Baffico c. Giornale *La Sera*.

1. *Essendo la pubblicazione di un giornale atto di commercio, è commerciale anche il contratto di corrispondenza, stipulato fra il proprietario del giornale ed il corrispondente* (1).

(1) Riguardo all'indole commerciale della pubblicazione di un giornale cfr. in questo *Filangieri*, TREVISONNO, *Le pubblicazioni periodiche in diritto privato* (1893, 173); A. Milano, 16 aprile 1887 (1887, 2, 455). La questione è ampiamente trattata nella *Encicl. giur.* dal LANNI, *Atti di commercio*, p. 310 sgg. Circa la natura del contratto di corrispondenza v.

2. *Conseguentemente il corrispondente può convenire il proprietario avvalendosi del disposto dell'art. 91 c. p. c.*

3. *Il contratto di corrispondenza è una locazione d'opera; sicchè il proprietario del giornale non può licenziare il corrispondente senza accordargli un preavviso o una congrua indennità.*

Senza nulla detrarre alla missione di coltura, cui in tutte le sfere degli scopi sociali intende o dovrebbe intendere la stampa, e senza d'altra parte rimanere nel campo di un apriorismo dottrinario all'infuori della realtà ed esigenze dei tempi, è mestieri ritenere, che la pubblicazione di un giornale, per l'indole dei rapporti giuridici, delle operazioni, a cui dà luogo dalla fondazione alla formazione e allo smercio, per il fine, sia pure concorrente, di lucro, per la destinazione stessa di una parte del giornale, quella contenente gli annunzi ed inserzioni a pagamento, riveste il carattere d'impresa commerciale. E quindi fa atto di commercio l'editore o proprietario del giornale nell'assumere l'opera di collaboratori, e di natura commerciale è la relativa obbligazione che con costoro contrae.

Reclamando il Baffico il risarcimento di danni per colpa contrattuale, per violazione del contratto, che egli come corrispondente aveva coll'amministrazione del Giornale « La Sera », agisce per le conseguenze di tale obbligazione, che, come si è accennato, deve ritenersi di natura commerciale, e però egli aveva facoltà di convenire i rappresentanti di detto giornale avanti il Tribunale di Roma, ove doveva esso eseguire l'obbligazione con l'assumere qui le notizie ed informazioni e redigere le sue corrispondenze, e di qua trasmetterle a Milano (art. 91 c. p. c.). Non regge pertanto l'accampata eccezione d'incompetenza per territorio.

Il corrispondente, che entra come parte importante nell'organismo di un giornale, presta senza dubbio un servizio, un'opera intellettuale, la quale, oltrechè dalla importanza del luogo, a cui la corrispondenza si riferisce, acquista pregio dal valore ed autorità personale del corrispondente stesso.

Ma al rapporto giuridico, che si stabilisce tra il corrispondente e l'amministrazione del giornale, non si adatta, come pretende il Baffico, la figura del mandato, il quale implica un concetto di rappresentanza, ha di mira più il risultato di un affare che l'opera speciale tecnica del mandatario, ha come elemento naturale la gratuità, e solo come accidentale e pattizio la retribuzione. Invece il corrispondente non assume alcuna rappresentanza giuridica del giornale, l'ufficio suo si esaurisce col redigere le corrispondenze in base alle notizie raccolte sul luogo e trasmetterle al giornale; all'abilità e competenza dell'opera sua si ha esclusivamente riguardo, e non alla gestione ed al risultato di un affare; indipendentemente da patto espresso, gli è dovuta la retribuzione. Ne è locazione l'opera intellettuale del lavoro che si compie, poichè ormai è una semplice reminiscenza storica del diritto romano il concetto che l'opera liberale o intellettuale non possa formare oggetto di locazione (quantunque la esigenza economica s'impose anche a quel diritto, che stabiliva la speciale procedura della *extraordinaria cognitio* per il giudizio sulla retribuzione dell'opera liberale), mentre oggi è una verità economica costituire materia di ricchezza anche i prodotti immateriali, lo scambio dei servizi personali e intellettuali, a cui risponde il principio giuridico, che qualunque opera può obbligarsi per una mercede e formare quindi oggetto di locazione.

Anche nei limiti del rapporto contrattuale, definito locazione d'opera, devesi ammettere, che solo quando il Baffico avesse dato causa al suo licenziamento, come assumono i rappresentanti della « Sera » sarebbe giustificata la risoluzione del contratto, senza congruo termine o indennità, determinata in relazione alla natura e importanza dell'opera alla qualità e posizione del locatore.

P. q. m., prima di stabilire, ecc.

---

i recenti lavori del RAMELLA, *Corrispondenti della stampa periodica* e specialmente *Redattori della s. p.*, n. 54 p. 123 (estr. dalla *Enc. giur.*). Anche l'A. respinge la dottrina che ravvisa nel contratto in parola un mandato — e che è pure sostenuta dal Troplong, dal Guillouard e dal Pescatore (*Filosofia e dott. giur.*, I, 131) — ritenendolo invece una locazione d'opere.

Per quanto concerne il recesso unilaterale v. il citato RAMELLA, *Redattori*, ecc., nn. 55-57.

Giurisprudenza Penale

PRETURE.

MILANO (Urbana), 10 aprile 1901 — *Pret.* Noseda = P. M. c. Padoan e altri.

1. *Pei* biglietti d'andata e ritorno a tariffa locale *le Società concessionarie dell'esercizio delle ferrovie a sensi della legge 27 aprile 1885 possono — coll'assenso del Governo e notiziando il pubblico — stabilire quelle ulteriori condizioni che valgano a limitarne il godimento per i soli trasporti locali* (1).

2. *Appartiene alla categoria di tali condizioni, legalmente stabilite, la prescrizione secondo cui la* sezione di ritorno *di simili biglietti non può essere ridimata o forata in treno, ma deve esserlo soltanto nei locali della stazione di ritorno dal guarda-sala d'aspetto, sotto pena del pagamento d'un supplemento di tassa pari al terzo della tariffa intera* (2).

3. *Il viaggiatore che sia trovato in treno munito della sezione di ritorno di biglietto a tariffa locale non debitamente forata, deve giudicarsi inoltre contravventore al disposto dell'art. 51 del regolamento 31 ottobre 1873 sulla polizia delle strade ferrate, e condannato a pene di polizia* (3).

I prevenuti comparsi a questo orale dibattimento ammettono di non aver fatto forare alla stazione di Como la sezione del biglietto di ritorno da essi posseduto pel percorso Como-Milano, e ciò perchè, essendo la mattina pervenuti a Como, avevano proseguito con altro biglietto per Chiasso vuoi per una ragione vuoi per un'altra. Ritornarono poi da Chiasso a Milano senza discendere a Como per la foratura della detta sezione, essendo l'ultimo treno quello da essi adoperato, e mancando a Como il tempo di scendere per la dovuta foratura. Ammettesi pertanto quanto sta nel verbale non contradetto, ed al quale sono pure allegate le sezioni di ritorno, sicchè in linea di fatto non possono farsi questioni nemmeno nel riguardo dei contumaci essendo provato quanto a verbale.

È invece a discutere in diritto, e la tesi da risolversi riducesi a questa. L'obbligo stabilito dalle Reti ferroviarie di far bucare le sezioni di ritorno dei biglietti nelle sale di accesso al treno e non nel treno stesso, è costituzionale? e se tale, induce nel violatore responsabilità e quale?

Niun dubbio come anteriormente alla modificazione 25 ottobre 1900, della quale in appresso, la questione non avesse la portata e conseguenza odierna, siccome argutamente ragiona l'avv. Padoan nella sua memoria defensiva stata dimessa e nella quale solo per postilla ragiona delle nuove norme, ma dopo

---

(1-3) Questa sentenza della Pretura Urbana di Milano richiama l'attenzione su alcuni punti di diritto ferroviario abitualmente trascurati dagli scrittori, e su cui non ricorrono frequentemente i responsi della magistratura, se ne togliamo qualche affrettata sentenza penale. Essa si collega con la decisione 4 febbraio p. p. della Pretura (mand. II) di Vicenza, riferita in *Monitore dei Tribunali*, a. c., pag. 297, con la quale presenta qualche analogia di argomento, pur differendone nei criteri e nella conclusione, poichè il giudicato vicentino escluse la contravvenzione, mentre il giudicato milanese la ritiene sussistente. È giusto però riconoscere che la questione presentata al giudizio di quel magistrato era più semplice, poichè là non si trattava che di un semplice ordine di far forare la sezione di ritorno, mentre nel caso attuale l'ordine medesimo si collegava con l'intero ordinamento dei biglietti d'andata e ritorno a tariffa locale.

Pare a noi tuttavia che la conclusione medesima cui pervenne il primo giudice dovesse prevalere anche presso il secondo, e che l'odierna sentenza non risponda a un esatto apprezzamento e ad una razionale applicazione dei tre gruppi di regole vigenti in questa materia, regolamento del 1873 Convenzioni ferroviarie del 1885 e all. n. 4 alla 1.ª appendice delle tariffe e condizioni di trasporto del 25 ott. 1900.

Con questo non si intende punto di disconoscere la importanza che hanno per la economia nazionale le tariffe locali, non si intende affatto di porne in discussione le basi e l'assetto, o comunque di favorire indirettamente una violazione di contratto che, aggravandosi, obbligherebbe a sopprimere quella facilitazione ed a tornare alle tariffe comuni. Le

tale modificazione la tesi appare sotto altro aspetto ed è precisamente a risolvere come in altra precedente sentenza congenere, stata denunciata in cassazione, trovando però do-

---

tariffe locali rappresentano, senza dubbio, economicamente parlando, un errore di logica, una costruzione artificiosa, e questo spiega il perchè dànno luogo ad inconvenienti non mai eliminabili in modo assoluto: ma è ugualmente a non dubitare che nell'attuale complicato e vario sistema di assetto ferroviario che abbiamo in Italia, pieno di artificiali protezionismi e di più artificiali compensazioni, di freni e di spinte, esse costituiscono un elemento di importanza non trascurabile per gli utenti delle ferrovie dello Stato, per lo sviluppo dei traffici, per l'economia delle imprese concessionarie, e per lo Stato medesimo, considerato tanto come gestore di patrimonio quanto come ente politico che trova nel gettito del servizio ferroviario una risorsa, per quanto scarsa, del pubblico tesoro.

Si intende invece, e semplicemente, di dimostrare che allo stato attuale del nostro diritto ferroviario la tutela delle tariffe locali di trasporto nei biglietti di andata e ritorno non si può ottenere fuorchè coll'applicazione della pena convenzionale e non anche con l'applicazione della pena contravvenzionale; si intende di ristabilire il vero significato e la portata di quanto dispone l'art. 93 ultima parte del capitolato annesso alle Convenzioni ferroviarie, onde non sia più oltre superficialmente inteso ed erroneamente applicato.

La sentenza odierna ritiene la sussistenza della contravvenzione all'art. 51 del reg. del 1873 per tre ordini di motivi, e cioè — 1.° perchè il viaggiatore col non far forare il biglietto « non si è conformato alle avvertenze ed agli inviti del personale per quanto concerne l'ordine dell'esercizio » (art. 51 ult. parte) — 2.° perchè biglietto non forato significa in sostanza biglietto non esistente, cosicchè il viaggiatore che sia trovato in treno munito di biglietto non forato va considerato come quel « viaggiatore che prende posto nel treno senza esser fornito di biglietto » (art. 51 prima parte) — 3.° perchè l' art. 93 sub-all. 1.° (capitolato) alla legge delle Convenzioni ferroviarie, stabilendo che « per ogni biglietto abusivo si pagherà il triplo del prezzo » premette che quella penalità si applicherà *in aggiunta* a quella applicata dal regolamento del 1873.

Ma questi argomenti, secondo noi, non reggono.

Cominciando dal primo, è troppo evidente il significato e il contenuto dell'ultimo capoverso dell'art. 51, perchè si possa mettere in dubbio l'errore della riferita decisione. Il dire che l'ordine di far forare il biglietto di ritorno a tariffa locale dal guarda-sala è una di quelle « avvertenze » e di quegli « inviti » del personale ferroviario che concernono il servizio ed a cui accenna l'art. 51 nel cap. ultimo, è non solo una asserzione gratuita, ma un vero travisamento. L'art. 51 si occupa soltanto di stabilire i doveri, diremo così, disciplinari, del viaggiatore, sia prima del, come durante il viaggio: obbligo di munirsi di biglietto, divieto di fumare, divieto di aprire le porte delle vetture, divieto di aprire le finestre dalla parte donde spira vento senza il permesso di tutti i viaggiatori, obbligo di entrare nelle e di uscire dalle vetture dalla parte indicata dalle guardie, *obbligo di conformarsi alle avvertenze e agli inviti del personale delle ferrovie per quanto concerne l'ordine, la regolarità e la sicurezza dell'esercizio.* Tutto il contenuto dell' articolo nel suo complesso indica il proposito di trattare dei doveri del viaggiatore in rispetto alla disciplina da osservare durante il trasporto, come ordine, armonia, obbedienza, avuto riguardo alle esigenze del servizio, ai pericoli che vi sono inerenti, ecc., ed è qui appunto dove le « avvertenze » e gli « inviti » del personale diventano ordini, è qui dove il semplice conduttore diventa pubblico ufficiale, appunto perchè si valuta l'importanza della sua funzione per la sicurezza delle persone e le regolarità di un servizio per la sua stessa natura ed ordinamento così bisognoso di rapidità e di somma precisione. Se la odierna sentenza fosse stata più meditata, avrebbe potuto facilmente evitare l' errore che indichiamo, poichè l'art. 51 si riferisce alle attribuizioni del personale, cioè a quelle « avvertenze » e a quegli « inviti » svariati che il personale viaggiante sul treno o addetto alle stazioni può dare nei vari casi contingenti: bastava dunque avvertire che nella specie non si trattava di ordini dati dal « personale » per escludere la applicabilità dell'ultima parte dell'art. 51, rendendosi manifesto che si versava in ipotesi affatto diversa da quella in detta ultima parte dell'art. 51 contemplata. Invece la sentenza, preoccupata di dare una apparente dimostrazione anche delle proposizioni più arrischiate, crede cavarsi di impaccio dicendo che l'ordine di che si tratta è dato « più che dal personale dallo stesso potere costituito » e con ciò dire non addimostra certo una chiara nozione delle fonti del nostro diritto pubblico, poichè l' ordinamento politico delle ferrovie è dato dalla legge sui LL. PP., dal regolamento del 1873 e dalle Convenzioni ferroviarie, ed il regolamento fu approvato per Decreto Reale, secondo la delegazione contenuta nella legge sui LL. PP., — mentre l'all. 4 alla 1.ª appendice, venuto poi, non ebbe che la semplice approvazione ministeriale la quale nessuno s'è mai neppur sognato di equiparare a quel legittimo atto di impero che può essere fonte di diritto punitivo. — D'altronde con la tesi della sentenza non si sfugge a questa conclusione: — Se l'ordine dato dal « personale » di cui all'art. 51 comprende anche gli ordini, i regolamenti, le norme, ecc., emanate dall'impresa, ciò significa che con l'art. 51 si colpiva in massima anticipatamente in via di contravvenzione penale ogni infrazione potuta commettere dai viaggiatori, e diventava inutile, anzi ozioso che e lo stesso regol. del 1873 e le Convenzioni del 1885 specificassero così minuziosamente tante forme e maniere d'infrazione già tutte comprese virtualmente nell' art. 51: — tutta la disciplina contravvenzionale poteva ridursi a questa regola sola: « Il

veroso il pretore di prendere in speciale esame i nuovi argomenti addotti dall'abile difesa la quale così bene e lungamente parlò.

È evidente come le Reti ferroviarie, allo scopo di far concorrenza con altre Strade ferrate, ottenessero debitamente di stabilire

---

viaggiatore deve conformarsi alle avvertenze e agli inviti dell'impresa ». Perchè occuparsi del fumare, dell'aprire le finestre, del salire e dello scendere, ecc., e non occuparsi anche del far forare i biglietti ?

Venendo ora agli altri due argomenti, potremmo limitarci a dire, per loro reciproca confutazione, che per invocare il primo bisogna sostenere che il viaggiatore fornito di biglietto non forato è un viaggiatore che ha preso posto nel treno senza esser fornito di biglietto, — per invocare il secondo bisogna sostenere all'incontro che questo medesimo viaggiatore è anche nello stesso tempo però un viaggiatore con biglietto abusivo.

Era certo meglio per l'autorità del giudicato scegliere uno o l'altro, ma prenderli tutt'e due insieme ?

Quanto al primo di questi due assunti, è presto chiarito però l'errore della sentenza nel suo criterio informatore. Senza fermarci a ricordare che se è postulato indiscusso (dato il nostro sistema legislativo) che nelle contravvenzioni non si debba far luogo a ricerche sulla intenzione dell'agente, è però altrettanto doveroso di non dimenticare che la legge punitiva non si estende oltre i casi in essa espressi (art. 4 disp. prel. c. c.) e che il fatto punibile deve essere espessamente preveduto dalla legge (art. 2 c. p.) — basta per escludere siffatto assunto della sentenza notare che l'art. 9 del sopra ricordato all. 4 alla 1.ª appendice, applica a chi contravviene all'obbligo di far forare la sezione di ritorno dei biglietti a tariffa locale un supplemento di tassa pari al terzo del biglietto intero, e aggiunge che « la sezione di ritorno debitamente regolarizzata è tenuta valida per l'ulteriore percorso ». Si sarebbe potuto « tener valida » se fosse stata inesistente ?

Veniamo ora all'ultimo punto, il più interessante ed arduo, su cui però la sentenza corse via con superficialità che noi civilisti dobbiamo dichiarare sommamente impressionante in un giudice penale.

Dice la sentenza : « La riprova poi che ogni qual- « volta trovasi biglietto che non ha valore [doveva « dire, « sezione di ritorno di biglietto a tariffa locale « non forata »] è applicabile pena contrattuale e pe- « nale, evincesi dall'art. 93 *sub* all. I delle Convenz. « Ferr. che sancisce : « Alle penalità comminate del « regol. del 1873 è aggiunta la seguente : *Per ogni* « *biglietto abusivo di viaggio o di trasporto si pa-* « *gherà il triplo del prezzo* ». Nella specie la misura « della penalità pecuniaria fu modificata dall'art. 9, « ma resta il principio che questa è penalità *aggiunta* « e quindi che non toglie l'altra portata dall'art. 51 ; « resta pure che i biglietti abusivi sono puniti, il « che abbraccia tanto il caso di mancanza di biglietto « come il caso di mancanza di biglietti perchè deca- « duti di valore e di effetto ».

Questa parte farraginosa della sentenza contiene diversi errori di logica, di interpretazione e di applicazione che vanno messi in piena luce, perchè non siano accolti come nuovissimi canoni di diritto ferroviario. E prima di tutto non si sa vedere che profitto voglia trarre la sentenza dall'ultima parte dell'art. 93, la quale parla di « biglietto abusivo », mentre la sentenza premise che il viaggiatore nella specie attuale dovesse giudicarsi « non munito di biglietto » e ciò per applicare la prima parte dell'art. 51 regolamento del 1873. In secondo luogo non si intende il bisogno di dimostrare una cosa notoria come questa che, cioè, in taluni casi possa ricorrere l'applicazione cumulativa della pena convenzionale e di quella contravvenzionale, mentre la questione non era questa, ma era di stabilire che la mancanza di far forare il biglietto di ritorno a tariffa locale fosse punita con a multa, oltrechè con la sopratassa. In terzo luogo si presenta abbastanza singolare che per conformare un punto di diritto non assodato si faccia ricorso a una disposisione che implica essa stessa un nuovo quesito, quale è quello sul significato di « biglietto abusivo ». Infine non si capisce come il magistrato abbia potuto credere di valersi così tranquillamente del contenuto dell'ultima parte dell'art. 93 nel caso attuale, mentre a ben riflettere è così poco facile darle una determinazione sicura.

Cominciamo quindi ad esaminare il regolamento del 1873, e constatiamo prima d'ogni cosa che in esso non si fa mai parola di « biglietto abusivo ». Nell'articolo 51, enumerandosi i doveri del viaggiatore, si parla di quello di provvedersi il biglietto, e nell'art. 64 se ne punisce la violazione con pene di polizia : qui dunque non si può, neanche per far dello spirito, parlare di biglietto abusivo. Nell'art. 56 si parla dei biglietti personali non trasmissibili, se ne divieta l'uso a coloro che li acquistassero dai legittimi possessori, e l'infrazione si punisce nell'art. 65 con la multa fino a L. 100 : qui invece, se non il *nomen iuris*, c'è la figura di un biglietto abusivo.

Vennero poi le Convenzioni Ferroviarie del 1885 e disciplinarono con grande copia di precetti, non sempre bene elaborati, disposti e coordinati, l'immensa massa di rapporti giuridici inerenti al trasporto delle persone. Restringendoci ora a parlare delle sole regole relative ai biglietti, noi troviamo registrate le seguenti figure :

1.° *biglietti o sezioni di biglietto pel ritorno*, trasferiti e usufruiti dal cessionario (art. 25 all. D.) ;

2.° *biglietti circolari*, trasferiti e usufruiti dal cessionario (art. 26 all. D) ;

3.° *biglietti d'abbonamento*, trasferiti e usufruiti dal cessionario (art. 26 all. D),

e per queste tre categorie di biglietti esisteva già fin di prima la pena della multa sino a L. 100 per il disposto dell'art. 65 regol. 1873 ;

4.° *biglietti mancanti* (art. 33 all. D), e per questo fatto esistevano già fin di prima le pene di polizia per il disposto dell'art. 64 regol. 1873, a cui le

una tariffa *locale* per certi percorsi. E fra questi evvi il tratto Milano-Como, come per l'avviso 1.° agosto 1894. Ma per impedire che di questa tariffa locale avessero ad approfittare pure coloro i quali vanno oltre Como e che ricorrono allo spezzamento del viaggio

---

Convenzioni aggiungevano la pena convenzionale con una sopratassa uguale al biglietto;

5.° *biglietto irregolare* (art. 34 all. D):

a) perchè la data sia scaduta;

b) perchè destinato a classe inferiore;

c) perchè destinato a stazione già oltrepassata;

d) perchè, essendo a tariffa ridotta, il possessore non sia munito dei documenti necessari a giustificarne la legittimità:

e) perchè destinato a ragazzo d'età superiore a 7 anni ma denunciato come inferiore,

in tutti questi casi, mai stati contemplati nel regol. del 1873, le Convenzioni prescrissero il pagamento del prezzo normale dovuto, più una sopratassa uguale al biglietto;

6.° *biglietto falsificato o alterato* (art. 34 all. D): per questi casi, pure mai contemplati nel regol. del 1873, le Convenzioni prescrissero il pagamento del prezzo normale dovuto, più una sopratassa uguale a tre volte il biglietto.

Per tal modo le Convenzioni Ferroviarie contemplarono tutte le varie figure possibili di biglietti senza mai usare il *nomen* di « biglietto abusivo ». E questo *nomen* non si trovava neppure nel testo dell' art. 93 quale era formulato nel progetto di capitolato presentato alla Camera dei deputati, che diceva soltanto questo: « Le prescrizioni contenute nelle leggi, nei regolamenti in vigore, sulla polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle strade ferrate, sebbene riguardanti concessioni d'indole diversa, nonchè tutte le altre disposizioni che sulla stessa materia venissero in seguito emanate dal Governo, saranno applicabili all'esercizio della rete [Mediterranea, Adriatica o Sicula] ». La Commissione della Camera dei Deputati modificò quest'articolo riducendolo alla forma che ha attualmente nel testo del capitolato, e aggiungendovi quell'ultima parte che abbiamo visto (*a*), ma nella unita Relazione non si legge neppure una parola che spieghi il misterioso movente dell'aggiunta.

Ed un significato soddisfacente non è neppure facile da determinare. Si intendeva che le pene di polizia dell'art. 64, e che la multa sino a L. 100 dell'art. 65, dovessero avere una misura complementare di pena contravvenzionale pari a 3 volte il biglietto? ma allora come spiegare che le stesse Convenzioni replicatamente riservassero in diverse disposizioni, a proposito e qualche volta a sproposito, i precetti dalle leggi dei regolamenti e dai decreti in vigore (cfr. ad es. art. 10, 25 del capitolato)? — non solo, ma come spiegare che dette Convenzioni Ferroviarie pattuite per le tre Reti modificassero ed estendessero la portata delle pene contravvenzionali già prima stabilite per tutte le ferrovie esistenti nello Stato? Che ragione vi sarebbe stata, nel farsi le Convenzioni ferroviarie, di aggravare le pene contravvenzionali, estendendone l'aggravamento per tutte le altre ferrovie dipendenti da altre concessioni? — Oppure si intendeva soltanto di dire che ogni qualvolta si fosse applicata la pena contravvenzionale si sarebbe dovuto aggiungere una pena convenzionale pari a tre volte il biglietto e a profitto delle imprese esercenti la Rete? ma in questo caso c'era proprio bisogno della parte aggiuntiva dell'art. 93, mentre molte pene convenzionali erano state già prescritte nelle varie sedi opportune, come si è visto, in misure uguali e in misure anche minori, e mentre poi, con formola più generale ancora, ora già stata stabilita in massima la pena convenzionale di tre volte il biglietto nell'art. 10? — Si noti poi che se si volesse dare all'art. 93 il significato di pena contravvenzionale, il viaggiatore potrebbe in qualche caso essere tenuto a pagare la multa per l'art. 65 regol. 1873, la pena contravvenzionale del triplo biglietto per l'art. 93 del capitolato, e la pena convenzionale del triplo biglietto per l'art. 10 del capitolato! Chi può credere che queste siano cose serie?

Ad ogni modo, poichè un significato bisogna pure dare al disposto finale dell'art. 93, delle due soluzioni noi crediamo doversi preferire la seconda, non ostante che porti a dargli il valore d'una disposizione in qualche parte pleonastica, dopo quanto era già stabilito nell' art. 10. Il quale art. 10, intitolato *sopratasse in caso di abuso*, stabiliva appunto che « ogni sotterfugio tendente a defraudare l'Amministrazione di quanto le è dovuto, ogni tentativo di viaggiare senza pagamento di tutto o di parte del prezzo di trasporto... ogni fatto tendente ad ottenere una indebita applicazione di tariffa speciale o ridotta... dà facoltà all'Amministrazione di esigere di pieno diritto, oltre all'importo dovutole o al complemento del medesimo, il triplo della somma che si fosse tentato di non pagare, a meno che si tratti di casi pei quali siano stabilite maggiori o minori tasse, e ciò senza pregiudizio delle pene comminate dalle leggi e dai decreti in vigore ». Abbiamo detto in qualche parte, perchè infatti un certo margine di applicazione resta pure, con la nostra intelligenza, all'art. 93, avendosi, come si è visto, dei casi di abuso od irregolarità in materia di biglietti pei quali nelle sedi competenti non si trovano stabilite pene convenzionali di sorta (art. 25, 26 all. D).

E la stessa sentenza che annotiamo ripudia il concetto che il triplo del prezzo sia vera pena contravvenzionale, tanto è vero che condanna soltanto all'ammenda di L. 2, pur riservando alla Ferrovia il diritto di percepire quanto le competa pel fatto. Ma se questo è, in forza di quale principio la sentenza può invocare l'art. 93 per ritenere la sussistenza della contravvenzione per fatti non contemplati già nel regolamento del 1873 come punibili?

(*a*) Vol. II degli Allegati alla Relazione della Commissione, presentata alla Camera nella seduta 1.° novembre 1884, pag. 57.

dividendolo nelle due sezioni Milano-Como, Como-Chiasso, sancirono nell'art. 9 dell'allegato n. 4, che sta colla prima appendice alle tariffe e condizioni dei trasporti, nuove norme circa i biglietti di andata e ritorno. Recita l'art. 9: « Il viaggiatore deve curare

---

Bisogna confessare che, per colpa in parte della legge, si fa qui una vera confusione.

L'art. 93 pretende di fare una aggiunta alle penalità del regol. 1873 per i « biglietti abusivi » ma questa aggiunta, si riconosce anche dalla sentenza, non dà luogo ad una vera penalità o pena contravvenzionale, ma ad una semplice pena convenzionale.

O allora che cosa conclude questo per dimostrare che, avendosi un biglietto, e si dica pure abusivo finchè si vuole, non soggetto a pena per il regolamento del 1873, debba, ciò non ostante, esso venirvi assoggettato per l'art. 93? L'art. 93 non dice: « Le pene portate dal regol. 1873 sono estese ai biglietti abusivi », ma dice soltanto che per i biglietti abusivi secondo il regol. del 1873 sarà dovuta, inoltre, la sopratassa del triplo.

Questo dunque, secondo noi, lo stato della questione appena entrate in vigore le Convenzioni Ferroviarie nel 1885.

In seguito, nel 1900, entrarono in attività alcune norme particolari per l'applicazione delle tariffe locali, e le cautele per impedire che i biglietti relativi potessero cumularsi con quelli di altri percorsi a danno delle Reti (*b*). Di qui il disposto surrichiamato dell'art. 9 circa il divieto della foratura in treno della sezione di ritorno, e l'obbligo della foratura presso il guarda-sala della stazione di ritorno, colla relativa pena convenzionale del terzo. Ma donde mai poteva derivarsi la pretesa che la mancata foratura in tali modi effettuata costituisse contravvenzione al regolamento del 1873? Noi abbiamo dimostrato come, nè il disposto dell'art. 51 di quel regolamento, nè, ancor meno, quello dell'art. 56, valgono allo scopo. E come vi potrebbe mai supplire l'art. 93 del sub all. 1.° (capitolato) delle Convenzioni se questo si richiama ai precetti, ai criteri e al sistema dell'accennato regolamento del 1873?

Questo ci pare non confutabile.

Ma prima di ritenere esaurito il nostro compito, dobbiamo occuparci di un altro punto che potrebbe essere argomento o di obbiezione o di dubbi.

L'art. 10 del sub all. 1.° (capitolato) da noi sopra riferito porta per titolo « sopratasse in caso di abuso » e contempla svariatissime ipotesi di abusi nel trasporto di cose o di persone, fra cui anche ogni tentativo di viaggiare senza pagamento di tutto o di parte del prezzo di trasporto, ogni fatto tendente ad ottenere una indebita applicazione di tariffe speciali o ridotte, ecc. — Ora, non si potrebbe dire che la qualificazione della figura di « biglietto abusivo » dell'articolo 93 si debba dedurre dai criteri posti in questo art. 10 per i « casi d'abuso »? Questa domanda, a cui rispondiamo subito, non tocca la questione che ci interessa sulla condizione giuridica del « biglietto non forato » la quale apparve assai più tardi delle Convenzioni Ferroviarie. Ma, fatta pure astrazione da ciò, se si può dire indiscutibile che ogni qualvolta si abbia « biglietto abusivo » si avrà anche un « caso d'abuso », non si potrà invece dire che qualunque abuso commesso dal viaggiatore nel valersi del suo biglietto farà sorgere la figura del biglietto abusivo. È senza dubbio un abuso il viaggiare in I classe col biglietto di II, ma quel biglietto non sarà per questo « abusivo ». Il concetto insito in quella locuzione è di biglietto che abilita a viaggiare, od a viaggiare in date condizioni, una persona diversa da quella a cui favore fu rilasciato: questo è il vero criterio, ed è fermato nell'art. 56 regol. del 1873. Sono quindi abusivi soltanto i biglietti di ritorno trasferiti e usufruiti dal cessionario, i biglietti circolari e d'abbonamento trasferiti e usufruiti dal cessionario (articolo 56 regol. 1873 — art. 25, 26 all. D Conv. Ferr.) — e come tali sono difatti puniti con la multa sino a L. 100 (art. 65 regol. 1873) e con la sopratassa appunto del triplo del biglietto (art. 10 sub all. 1.° [capitolato] Conv. Ferr.). Non sono invece abusivi nè il biglietto mancante (art. 33 all. D) e neppure il biglietto irregolare nelle varie ipotesi superiormente specificate (art. 34 all. D) e quindi, se per il caso di biglietto mancante abbiamo la precisa contravvenzione dell'art. 51 del regol. 1873, e le pene di polizia (art. 64 regol. sudd.), per quello irregolare non abbiamo alcuna pena contravvenzionale, mentre abbiamo per l'uno e l'altro la pena convenzionale o sopratassa uguale soltanto — e questo è indice sicuro — a una volta il biglietto (art. 33 e 34 all. D). Non sono invece abusivi neppure i biglietti falsificati o alterati, perchè questi rappresentano fatti ben più gravi che un semplice abuso, e sono già puniti a termini del diritto comune assai più gravemente che con la semplice multa: e per essi la sopratassa, uguale al triplo del biglietto, non ha bisogno di fondarsi nell'art. 93 essendo già stabilita nell'art. 34 all. D.

Concludendo, ci pare di avere dimostrato l'erroneità della sentenza della Pretura Urbana di Milano sotto tutti gli aspetti, e di avere quindi chiarito:

1.° che il fatto di prender posto o di esser trovato in treno colla sezione di ritorno di biglietto a tariffa locale non forata, non si può equiparare agli effetti penali al fatto (contemplato nell'art. 51 parte prima regol. 1873) di « prendere posto nelle vetture senza essere fornito di biglietto »;

2.° che lo stesso fatto non si può neppure equiparare (sempre agli effetti penali) al fatto (contemplato nell'art. 51 ult. parte regol. 1873) di non conformarsi « alle avvertenze e agli inviti del personale

---

(*b*) Nelle Convenzioni Ferroviarie e relativi allegati « le tariffe locali pel trasporto viaggiatori » figurano soltanto nel vol. V degli allegati annessi alla Relazione della Commissione della Camera dei deputati, presentata alla Camera nella seduta 1.° nov. 1884 — a pag. 266. Ma ivi, in nota, si legge la seguente *Avvertenza*: « Le Amministrazioni si riservano, coll'approvazione del Governo, di notificare le norme, le condizioni e le discipline alle quali sono vincolati i trasporti e le riduzioni suddette ».

che prima di accedere al treno per cominciare il viaggio di ritorno, la sezione di ritorno gli venga vidimata dal personale ferroviario, e cioè forata dagli agenti di servizio nelle sale di accesso al treno, se trattasi di biglietto a cartoncino, o timbrata alla biglietteria, se trattasi di biglietto a foglietto ».

Eccezionalmente la foratura dei biglietti a cartoncino può essere anche richiesta dai viaggiatori al personale del treno, « ma l'eccezione non è ammessa quando si tratti di biglietto a tariffa locale ». Questa modificazione alle tariffe fu approvata dal Ministero dei LL. PP. colla deliberazione n. 9124-*B divisione* II in data 3 ott. 1900 e non è contestato sia stata notiziata al pubblico, sicchè ha legalmente valore ai sensi dell'art. 16 dell'allegato 1.° alla legge 25 aprile 1885. Cade pertanto ogni osservazione sulla latitudine ed opportunità della nuova condizione stata posta, nè si può paragonare questa norma a quelle addotte dalla difesa con fine umorismo e cioè come ad un domicilio coatto, od alla condizione che si mettesse di levare il cappello o baciare la mano ad ogni guardasala, vuoi perchè la nuova condizione è stata debitamente approvata ed è inutile nel campo giudiziario il sindacare l'operato di altro potere, vuoi perchè questa condizione non appare per nulla offensiva della dignità dei cittadini che viaggiano e degli agenti ferroviari, pei quali invece l'altra condizione sarebbe offensiva.

« delle ferrovie per quanto concerne l'ordine, la re« golarità e la sicurezza dell'esercizio » ;

3.° che il disposto dell'ultima parte dell'art 93 sub all. 1.° (capitolato) alle Conv. Ferr. non estende i casi di contravvenzione stabiliti nel regol. del 1873, che rimangono ancora e sempre quali erano, ma soltanto aggiunge, quando quei casi si verifichino, all'obbligo di pagare la pena della contravvenzione, l'obbligo di pagare una pena della violazione del contratto uguale al triplo del biglietto ;

4.° che delle varie categorie e figure di biglietti contemplati nelle Convenzioni Ferroviarie si possono, agli effetti del detto art. 93, qualificare per abusivi solo quelli che erano già sostanzialmente tali in virtù del regol. del 1873, e in ispecie pel disposto dell' articolo 56 di detto regolamento: unica eccezione dovendosi fare per il così detto biglietto mancante, che però non è un biglietto (neppure « abusivamente parlando »), nella quale ipotesi sono comminate le pene di polizia (art. 51, 64 regol. 1873) — e la sopratassa uguale al biglietto (art. 33 all. D) ;

5.° che infine il fatto di prender posto o di esser trovato in treno colla sezione di ritorno di biglietto a tariffa locale non forata non può equipararsi, neppure nominalmente, al fatto di esser munito di un « biglietto abusivo ».

Avv. Prof. E. A. Porro.

Trattasi di tariffa locale, e cioè ridotta, e non appare per nulla strano od immorale che chi ne usa con proprio vantaggio e profitto debba soffrire delle limitazioni che impediscono a mente di chi li concede l'abuso; libero chi addiviene al contratto di trasporto di non sottomettersi a queste condizioni dei biglietti di andata e ritorno a tariffa locale col prendere dei biglietti semplici. Dimenticasi come trattasi di contratto il quale se dà dei diritti non manca di porre dei doveri e questi pure devono essere osservati.

Ma stabilita la legalità dell'ordine e l'obbligo di attendervi, imponesi altra questione, cioè quale sia la sanzione al violatore. Sottilmente la difesa ebbe a sostenere trattarsi di semplice violazione contrattuale, giammai di sanzione penale, ed il capoverso dell'articolo 9 nel quale essa poggia è così concepito: « Il viaggiatore trovato durante la corsa od in arrivo con la sezione di ritorno non vidimata come sopra è detto, è soggetto al pagamento di un supplemento di tassa pari al terzo della tariffa intera per il percorso fatto, supplemento che non sarà in nessun caso rimborsato. La sezione di ritorno debitamente regolarizzata è tenuta valida per l'eventuale ulteriore percorso ». Da questo capoverso vuolsi dedurre che manca la sanzione penale a chi trovisi in tali condizioni, essendo dalla Ferrovia già stata indicata la pena contrattuale al violatore. Per quanto abile la deduzione essa si infrange nel disposto dell'art. 51 regol. 31 ott. 1873 sulla polizia delle strade ferrate, il quale regola la materia. Contiene esso, nel capoverso ultimo, l'obbligo nei viaggiatori di conformarsi alle avvertenze del personale delle Ferrovie per quanto concerne l'ordine, ecc.; la disposizione in esame è precisamente una avvertenza, più che del personale, del potere costituito e che è pur codificata, essa riguarda l'ordine dell'esercizio, e non si sa il perchè quest'ordine di far bucare il biglietto nella sala di accesso non debba esser osservato. Notisi poi che le persone che non vi ottemperavano dovevano per necessità di cose sapere del tempo scarso alla stazione di Como e tale da togliere la possibilità di scendere, sicchè dovevano provvedervi diversamente o coll'anticipare la partenza da Chiasso, o col munirsi di altro biglietto, o infine col pagare quanto veniva richiesto a base dell'art. 9 (vedi verbale). Non può nella fattispecie parlarsi di un caso di forza maggiore e tale da far nascere l'elemento di un animo contrario.

Evvi poi altro riflesso. Il biglietto di ritorno non forato, come doveva, perde ogni suo valore di fronte al contratto commerciale liberamente assunto ed intervenuto coi relativi diritti e doveri, da parte dei con-

traenti. Esso è pertanto come inesistente, è come non ci fosse, tanto che evvi multa contrattuale, e sorge pertanto pure il disposto della prima parte dell'art. 51, dovendosi detti viaggiatori parificare a coloro che non hanno biglietto, perchè non averlo realmente, o averne uno che non ha valore è la stessa cosa. A Como le sezioni di ritorno dovevano essere bucate, non essendo state perdettero la forza loro contrattuale e dovevano i viaggiatori scendere oppure osservare le disposizioni di coloro che si trovano senza biglietto.

Ne deriva che l'inosservanza dell'obbligo di far forare il biglietto mette capo sia al pagamento della multa contrattuale, sia alle disposizioni penali dell'art. 51 citato, vuoi per essersi trasgredito ordine legalmente dato il quale riguardava materia ferroviaria siccome al capoverso, sia per essere i viaggiatori con biglietto di tale genere a considerarsi come sforniti di biglietto perchè biglietto non avevano. Ed il pretore accede pienamente alle dotte deduzioni della difesa sulla natura del biglietto, che costituisce la prova del contratto; una volta che il contratto era stato violato, anche la prova stessa perdeva valore. E le violazioni dei contratti in questa materia, allorquando rientrano nella fattispecie dell'art. 51 e 56 o di tutti gli altri del regol., mettono capo a sanzione penale, essendo stata intenzione del legislatore di guarentire il buon *ordine* dell'esercizio ferroviario oltre che con sanzioni contrattuali anche con sanzioni penali. La riprova poi che ogni qual volta trovasi biglietto che non ha valore, è applicabile pena contrattuale e penale, evincesi dall'art. 93 del sub allegato 1.º alla legge 27 aprile 1885 il quale testualmente sancisce: « Alle penalità comminate dal regol. approvato con R. D. 31 ottobre 1873, sulla polizia, sicurezza e regolarità del servizio, è aggiunta la seguente « per ogni biglietto abusivo di viaggio o di trasporto si pagherà il triplo del prezzo ». Nella fattispecie la misura della penalità pecuniaria fu modificata dall'art. 9 citato, ma resta il principio che questa è una penalità *aggiunta*, e quindi che non toglie l'altra portata dall' art. 51-64 regol. 31 ottobre 1873; resta che pure i biglietti abusivi di viaggio sono puniti, il che abbraccia tanto il caso della mancanza di biglietto come l' altro della mancanza perchè decaduto di valore e di effetto.

Ritenuto che in materia contravvenzionale non è a farsi ricerca del dolo e basta il fatto materiale;

Ritenuto che questo costituisce la contravvenzione agli art. 51 e 64 del regolamento 21 ottobre 1873, punito con pene di polizia;

Ritenuto che è del caso lievissima pena;

Giudica Padoan e altri colpevoli della contravvenzione ascritta, e li condanna ciascuno a L. 2 di ammenda col carico delle spese processuali e tassa sentenza, oltre i diritti della Ferrovia per il fatto stesso.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

IV SEZIONE.

11 gennaio 1901 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Sandrelli = Comune di Buccinasc c. Comune di Pieve Emanuele.

1. *Le normali austriache in materia di spedalità sono tuttavia in rigore nelle provincie lombarde e venete, eccezion fatta per ciò che concerne la determinazione del domicilio di soccorso.*

2. *A termini del decreto vicereale 10 febbraio 1836, il diritto di rimborso alla spesa di cura degli ammalati cronici attribuito all'Ospedale ricoverante verso il Comune cui incombe il carico della spedalità, è subordinato all'obbligo della immediata partecipazione dal seguìto ricovero che l'Ospedale deve dare al Comune, e non sorge che dal giorno in cui detta partecipazione sia stata data.*

3. *Ciò vale anche nel caso in cui il ritardo nel dare la dovuta partecipazione fosse di peso dalla difficoltà di stabilire il Comune d'origine.*

4. *Dette norme valgono anche nel caso in cui*

il ricovero del cronico fosse stato effettuato da un Comune, anzichè da un Ospedale (1).

5. *Il diritto del Comune d'origine di rifiutare il rimborso della spesa relativa all'epoca anteriore alla detta partecipazione, sussiste anche se, dopo detta partecipazione, abbia lasciato il cronico dove era ricoverato, assumendosene il mantenimento* (2).

La questione sorta fra i Comuni di Buccinasco e Pieve Emanuele si aggirava sul diritto vantato dal primo a ripetere dall'altro il rimborso della spesa occorsa pel ricovero e per l'assistenza del cronico Luigi Vigorelli per il tempo decorso dal 6 febbraio 1892, giorno in cui il Vigorelli per ordine del Comune di Buccinasco fu accolto nell'Ospedale Maggiore di Milano, di dove passò poi alla Pia casa degl'incurabili di Abbiategrasso, fino al giorno 31 luglio 1895, in cui il Comune summenzionato avvertì dell'eseguito ricovero il Comune di Pieve Emanuele, al quale l'infermo apparteneva per domicilio di soccorso, mentre dal canto suo il Comune di Pieve Emanuele, pure concordando l'appartenenza del Vigorelli, contestava l'obbligo del rimborso pel detto periodo di tempo, e si dichiarava pronto a sopportare la spesa di mantenimento e di cura dal giorno del ricevuto avviso 31 luglio 1895 a quello della morte dell'ammalato 7 aprile 1898.

La Giunta prov. amm. di Milano, chiamata a decidere la contestazione nei sensi dell'articolo 80 della legge 17 luglio 1890, accolse le ragioni del Comune di Pieve Emanuele, avendo ritenuto che (ai termini delle normali austriache tuttora vigenti nelle provincie lombarde in materia di spese di spedalità) decade dal diritto di ripetere il rimborso delle spese medesime il Comune il quale trascurò di dare, come le suaccennate normali prescrivono, immediato avviso dell'avvenuto ricovero di un ammalato dichiarato cronico al Comune cui spetta la competenza passiva della spesa.

Il Comune di Buccinasco ha impugnato la decisione della Giunta prov. amm. sostenendo che questa erroneamente applicò le normali austriache e violò le prescrizioni degli articoli 72 e 97 della sopravvenuta legge 17 luglio 1890.

Questa censura però si ravvisa infondata, dappoichè di fronte all'esplicita disposizione del citato art. 97 non è a dubitarsi che nelle provincie lombarde e venete le austriache normali antiche, intese a regolare la materia di spese di spedalità, sono rimaste in vigore anche dopo la pubblicazione della legge del 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, come è stato ormai riconosciuto dalla costante giurisprudenza amministrativa e contenziosa di questo Consiglio, dovendosi solo fare eccezione, come è detto nello stesso art. 97, per quanto attiene alla determinazione della appartenenza dell'ammalato ad un Comune. Ma poichè nel caso attuale l'appartenenza dell'infermo Vigorelli per domicilio di soccorso al Comune di Pieve Emanuele non è in contestazione, viene meno qualsiasi ragione di intrattenersi sulla applicabilità dell'art. 72 della legge suddetta, il quale appunto perchè, non avendo alcuna attinenza con la controversia, non era da tenersi e non fu tenuto presente nella soluzione della vertenza svoltasi in un campo assolutamente diverso, non potè perciò essere violato dalla pronuncia della Giunta.

Non regge il rimprovero di errata applicazione delle normali austriache, quante volte si rifletta che per le tassative disposizioni delle medesime, e specialmente del decreto vicereale 10 febb. 1836, il diritto di rimborso della spesa di cura degli ammalati cronici, attribuito all'Ospedale ricoverante verso il Comune a cui incombe il carico della spedalità, è subordinato all'obbligo della immediata partecipazione che esso Ospedale deve dare nei sensi sopra espressi al Comune; per guisa che il diritto al rimborso a favore dell'Istituto ospitaliero non sorge se non dal giorno in cui la partecipazione sia stata data. E di questa peculiare sanzione manifesta si scorge la provvida ragione informatrice, dappoichè soltanto dal momento in cui è avvertito della degenza di un infermo cronico di sua appartenenza, il Comune che deve sopportare la spesa di spedalità viene posto in grado di avvisare ai possibili mezzi

---

(1-2) Sul mantenimento in vigore nel Lombardo-Veneto delle normali austriache in materia di spese di spedalità, anche dopo la promulgazione della legge 17 luglio 1890, cfr. LUCHINI, *Le istituz. pubb. di benef.*, p. 1145 sgg. — La giurisprudenza della IV Sezione è costante nel senso di ammettere tale efficacia, salvo per quanto riflette le norme relative all'appartenenza del malato al Comune e le disposizioni degli articoli 79 e 97 della legge del 1890. Cfr. da ultimo: IV Sez., 23 giugno 1899 — 25 agosto 1899 e 20 ottobre 1899 (riferite in *Repert. gen. ann. della « Giurisprudenza italiana »*, a. I, v. *Spedalità*, nn. 16-18); 6 aprile 1899 (*Riv. Amm.*, 1899, 520); 10 novembre 1893 (*La Legge*, 1893, 2, 785); Cass. Firenze, 20 febbraio 1888 (*La Legge*, 1888, 1, 474); Cass. Torino, 4 giugno 1891 (*Mon. Trib.*, 1891, 655).

La citata decisione della IV Sez., 23 giugno 1899, ha però detto che il « ritardo alla notificazione del ricovero non importa decadenza dall'azione di rimborso, quando lo stato di diritto e di fatto tra le parti non venga alterato »; il che è forse più equo e razionale di fronte alle difficoltà che talvolta gli spedali incontrano per giungere alla determinazione del domicilio di soccorso dell'infermo.

più opportuni e più economici per provvedere alla occorrente cura ed assistenza, e soltanto da quel momento può essere tenuto al pagamento verso l'Ospedale se in questo continuò a tener ricoverato l'infermo.

Ciò posto la Giunta prov. amm., lungi dall'avere violato le normali summenzionate, fece di esse retta applicazione allorchè ritenne che le stesse massime sancite pei rapporti fra Ospedale e Comune, debbano valere nei rapporti fra Comune e Comune, ovvio essendo che quel Comune il quale fece eseguire il ricovero di un cronico, appartenente per domicilio di soccorso a Comune diverso, se contro di questo intendeva rivalersi pel rimborso della spesa pagata all'Ospedale per la cura dell'ammalato, non possa avere maggiori nè diversi diritti di quelli che all'Ospedale, secondo le surricordate normali, competerebbero; « qui in ius alterius succedit, iure eius uti debet ». E d'altro canto la condizione del Comune debitore non può divenire deteriore per il fatto che il rimborso anzichè dall'Ospedale gli è richiesto dal Comune per opera del quale il ricovero dell'infermo cronico ebbe luogo.

È inattendibile l'invocazione dell'art. 81 della legge 30 giugno 1889 sulla pubblica sicurezza, perchè le sanzioni di quell'articolo il quale è posto sotto il titolo delle disposizioni relative alle classi pericolose della società si riferiscono al ricovero di mendichi inabili al lavoro, e lo spirito che le informa non è soltanto di beneficenza, ma anche di difesa sociale. Oltre a ciò, perchè all'applicazione di quell'articolo possa farsi luogo occorre che sia stato seguìto lo speciale procedimento indicato dall'articolo stesso e dal R. D. 19 nov. 1889, emanato ai termini dell'art. 82 di detta legge, e nulla di tutto questo si operò nel caso attuale, in cui il ricovero del Vigorelli nell'Ospedale fu determinato dal bisogno di curare la di lui infermità.

E che nella specie non sia da parlarsi dell'applicabilità della legge 30 giugno 1889, ora serotinamente invocata, fu riconosciuto dallo stesso Comune ricorrente, allorchè esso alla Giunta prov. amm. si rivolse a mente dell'art. 80 della legge 17 luglio 1890 e non già secondo le norme e le forme di cui nell'art. 26 del R. D. 19 nov. 1889: nè al detto Comune sarebbe lecito ora variare i termini del procedimento da esso istituito.

Dopo quanto è stato fin qui osservato, non hanno seria consistenza le ulteriori obbiezioni del Comune. È fuori di luogo richiamare, come esso fa, le regole generali del diritto comune a proposito della gestione degli affari altrui, laddove imperano peculiari norme che contemplano la materia speciale e che per l'indole di questa entrano a far parte del diritto pubblico; e poichè a tali norme, che contemplano la materia speciale e che per l'indole di questa entrano a far parte del diritto pubblico, e alle quali doveva attenersi, la Giunta prov. amm. strettamente si attenne nel decidere la propostale controversia in ordine alla determinazione della competenza passiva della contestata quota di spesa di spedalità, cade ogni rimprovero, che per la fattane applicazione si è preteso di elevare contro la pronunzia impugnata.

Ugualmente prive di importanza agli effetti della disputa attuale sono le ultime deduzioni del ricorso sia nella parte in cui si rileva che il Comune di Pieve Emanuele anche dopo aver riconosciuto il ricovero del Vigorelli nella Pia Casa di Abbiategrasso non si curò di ritirarlo da quell'Istituto, sia a proposito delle difficoltà che si dicono incontrate dal Comune di Buccinasco per giungere a scoprire il luogo di appartenenza dell'ammalato.

Infatti il contegno che il Comune di Pieve Emanuele abbia tenuto dopo la ricevuta partecipazione non vale ad eliminare la protratta inosservanza delle tassative disposizioni succitate per parte del Comune di Buccinasco; nè questa inosservanza può essere attuata dalle asserte difficoltà di ricerca, le quali, anche se fossero provate, non potrebbero mai essere tali da scusare e tanto meno da distruggere il lungo indugio di oltre tre anni e mezzo a dare il prescritto avviso al prossimo Comune di Pieve Emanuele.

Pertanto è da pronunziarsi la reiezione del ricorso. Ragioni di equità in vista della specialità delle controversie consigliano la compensazione delle spese fra i due Comuni contendenti.

P. q. m., respinge il ricorso.

—

1 marzo 1901 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Racioppi = Zacconi c. Comune di Loreto.

Il semplice fatto che il Comune abbia provveduto alla nomina del maestro in seguito a concorso, con deliberazione posteriore al 15 settembre, non è motivo di annullamento da parte del Consiglio scolastico provinciale, se questo non abbia nel frattempo provveduto alla nomina d'ufficio.

L'impugnato provvedimento reso dal Ministero della P. I. non è censurabile.

Dall'art. 139 reg. gen. per l'istruzione elementare è riconosciuto nel Comune il diritto alla nomina dei suoi insegnanti elementari. E se il seguente all'art. 140 stabilisce che la deliberazione comunale della relativa nomina deve pervenire al Consiglio prov. scol. nella prima quindicina di settembre, questo

limite di obbligo non è imposto a pena di decadenza o condizione di perentorietà. L'articolo non la esprime; e quando invece, aggiunge che, scorso il termine predetto, il Consiglio scolastico provvederà con nomina di ufficio, altro non fa che aprire un termine a favore del Consiglio scolastico da quel giorno in poi, dandogli da quel giorno in poi la facoltà di provvedere di ufficio alla nomina che sia mancante da parte del Comune.

Ora, se il termine della prima quindicina di settembre non è posto a pena di decadenza, il periodo che principia con la seconda quindicina di settembre non può ritenersi di assoluto diritto nel Consiglio scolastico; di tal che al Comune sia dalla legge negato di fare, ancorchè postuma, la nomina, quando la facoltà data al Consiglio scolastico per la nomina di ufficio non fu, di fatto, esercitata. E in questo senso ebbe già ad interpretare l'art. 140 lo stesso Consiglio prov. scol. quando nel 9 ott. avvertiva il Comune di Loreto, che, se il maestro non fosse stato nominato, avrebbe esso provveduto di ufficio.

L'art. 140, nel suo sostanziale significato, contempera ed integra le facoltà dei due enti, nell'interesse esclusivo del pubblico servizio della istruzione elementare, affinchè il servizio non manchi, non si arresti, o non si ritardi, nel termine dei regolamenti, per incuria di indiligenti o maldisposti amministratori. Ma nel caso speciale di Loreto, la nomina dal Comune fu fatta, benchè in ritardo, nel 12 ott.: e quando il Consiglio scolastico 23 giorni dopo questa nomina, cioè nel 4 del successivo novembre, non ne volle tener conto, ancorchè avvertito della già eseguita nomina da parte del Comune, esso non integrò l'opera deficente del Comune, non completò quello che il Comune aveva già fatto; ma invece operò, come se la legge avesse imposto al diritto del Comune una decadenza che la legge non aveva espressa. Onde ben dice il Ministero, nel suo provvedimento, che il Consiglio scolastico si era servito del potere conferitogli dall' art. 140 del regolamento per uno scopo diverso e contrario a quello dal detto articolo presupposto, contrastando senza ragione la volontà espressa del Comune, che prima del principio dell'anno scolastico aveva provveduto alla scuola, nominando un insegnante debitamente eleggibile.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

SEZIONE INTERNI.

Parere 17 ottobre 1900 = Ministero dell'Interno (adottato).

Il Governo, chiamato a decidere se debba essere accordata al cittadino denazionalizzato la permissione speciale di cui all'art. 13 n. 1 c. c., deve esaminare e valutare le cause che determinarono il cittadino stesso all'acquisto della nazionalità estera e qualora riconosca che questa ebbe per unico motivo il trar profitto di una legislazione che autorizza il divorzio, è tenuto a negare la chiesta permissione (1).

La Commissione speciale, istituita con decreto presidenziale 17 sett. anno corrente:

Vista la relazione del Ministero dell'interno (divisione prima, Sez. III, n. 8387-12) del 27 agosto anno corrente, con cui si sottopone al Consiglio di Stato un quesito riguardante l'interpretazione dell'art. 13 c. c., in ordine alla nuova concessione della cit-

(1) Fino dal 1898, annotando in questo periodico la sentenza 12 aprile di detto anno pronunziata dalla Corte d'appello di Modena nella causa Levi (*Filangieri*, 1898, 374) abbiamo espresso il voto che dovesse l'autorità governativa negare al naturalizzato straniero che ripudiò la cittadinanza italiana al solo scopo di ottenere il divorzio la *permissione speciale* necessaria a riacquistare la cittadinanza italiana a sensi dell'art. 13. Andiamo quindi ben lieti di vedere come il supremo consesso consultivo per le materie amministrative abbia emesso, e il Ministero dell'interno adottato, il parere che riferiamo nel testo. Sul presupposto fondamentale della odierna questione ci limiteremo a riportarci a quanto dicemmo in precedenti occasioni e da ultimo in nota alla decisione 21 novembre 1900 della C. S. di Torino (*Filangieri*, 1901, 37) segnalando al lettore, oltre alla dottrina qui e là citata, un notevolissimo articolo del prof. BUZZATI, in *Foro it.*, 1901, 1, 227. Da tutto il contesto della elaborata consulta del Consiglio di Stato traspira un severo biasimo per quelle pronunzie giudiziarie che fecero diritto al divorzio fra gli ex-regnicoli senza rendersi carico della circostanza peculiarissima se la denazionalizzazione fosse stata ottenuta in *fraudem legis*. Circostanza questa che erroneamente, come abbiamo notato, la Cassazione torinese elevò a questione di diritto, mentre è, in tutta evidenza, una semplice *quaestio facti* che sfugge alla censura del supremo collegio; ma che il magistrato del merito non può evitare dal proporsi e dal decidere in prevenzione, comecchè pregiudiziale alla statuizione sulla domanda dei denazionalizzati. La tesi della *fraus legis* non è invece accolta dal BUZZATI (*l. c.*), il quale aderisce all'opinione di coloro che negano in ogni caso che una legge o sentenza straniera di divorzio possa mai essere rispettivamente applicata o dichiarata esecutiva dal potere giudiziario italiano ostandovi l'art. 12 delle disp. prel. al cod. civ.; il che è forse troppo assoluto.

tadinanza a quelle persone che, per sciogliersi dai vincoli matrimoniali, vi avevano rinunciato, trasferendosi ed acquistando in altri Stati la cittadinanza, a fine di ottenere il divorzio, in quelli consentito;

Udito il relatore, il Ministero espone che è accaduto, e accade tuttavia, che cittadini del regno, volendo sciogliersi dai vincoli del matrimonio, rinunziarono alla cittadinanza italiana, acquistarono la cittadinanza in Stati nei quali è consentito il divorzio e, ottenuto il divorzio nonchè l'annotazione della relativa sentenza estera sui registri dello stato civile in Italia, si fecero a chiedere nuovamente la cittadinanza italiana o, ciò che vale lo stesso, il permesso di rientrare nel regno agli effetti dell'art. 13 c. c.

Il Ministero vede non poche difficoltà ad assecondare siffatte domande ed espone nella relazione sovra menzionata i suoi dubbi in proposito.

In linea di diritto non solo non vi è ostacolo al ricupero della cittadinanza italiana da parte di chi l'abbia perduta, ottenendo la cittadinanza in paese estero, ma può dirsi anzi che il nostro legislatore contemplò con particolare favore la condizione degli italiani naturalizzati stranieri che vogliano far ritorno alla patria d'origine, non richiedendo per essi una nuova concessione della cittadinanza, ma ammettendone il ricupero, purchè sieno soddisfatte le condizioni poste dal l'art. 13 c. c., tra cui la principale è che il già cittadino divenuto straniero rientri nel regno con permissione speciale del Governo. E tali disposizioni ben si giustificano e si comprendono, quando si pensi che spesso la rinunzia alla cittadinanza originaria non è prova di poco affetto o di poca riverenza verso la patria, ma è necessità imposta da condizioni di famiglia o da strettezze economiche.

Per altro l' ipotesi alla quale si riferisce l' odierno quesito del Ministero dell' interno appare del tutto speciale, in quanto che in essa l'acquisto della cittadinanza estera è determinato non già dalla seria intenzione di trasferire in paese estero la propria dimora per rimanervi stabilmente, ma soltanto dal movente di ottenere all'estero il divorzio, sottraendosi all'impero della legge patria che consacra il principio della indissolubilità dei vincoli matrimoniali.

Per molto tempo le Corti giudiziali italiane, chiamate al giudizio di delibazione di sentenze di divorzio pronunziate all'estero, negarono quasi sempre di dare forza esecutiva a tali sentenze nel regno, e non solo se proferite tra italiani naturalizzati stranieri, ma anche se pronunziate tra stranieri di origine. E questa giurisprudenza fondavasi essenzialmente sull'art. 12 titolo prel. c. c., secondo il quale in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero possono derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume.

Senonchè più recentemente non sono mancate sentenze delle Corti d'appello italiane che consentirono l'annotazione in Italia sui registri dello stato civile di sentenze di divorzio pronunziate all'estero, e ciò prendendo le mosse specialmente dall'art. 6 del citato titolo preliminare, secondo cui lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono, nonchè dalla considerazione che il divorzio, ammesso dalle legislazioni di popoli non meno progrediti in civiltà del nostro, non può dirsi istituto contrario al buon costume.

Di fronte al ripetersi di siffatti giudicati assume maggiore importanza la quistione sottoposta oggi all'esame del Consiglio di Stato.

Esorbiterebbe dalla competenza di questo Consesso il fare qualunque apprezzamento sui criteri presi per guida dall'autorità giudiziaria nell'emettere le accennate sentenze e nel ritenere bene e legalmente acquistata una cittadinanza straniera, quando movente dell'acquisto fu solo quello affatto transitorio di cavare profitto dalla legge estera, raggiungendo la meta del divorzio, per poi subito fare ritorno in patria. Ma checchè ne sia di ciò, grazie alla indipendenza reciproca dei poteri dello Stato, è certo che quei criteri non possono vincolare il Governo nell'esercizio di una facoltà puramente discrezionale, quale è appunto quella contemplata dall'art. 13 c. c., di concedere la permissione speciale di rientrare nel regno, la quale fa ricuperare all'italiano, naturalizzato straniero, la sua cittadinanza d'origine.

Prescindendo anche del tutto dalla quistione legale circa la validità dell'acquisto di una cittadinanza straniera nelle surriferite condizioni, è ad ogni modo d'innegabile evidenza trattarsi di un acquisto mosso dal proposito di eludere le leggi del proprio paese in argomento così grave quale è quello che si attiene all'ordinamento della famiglia. Niun dubbio che il divorzio è ammesso dalle legislazioni di popoli altamente civili e che si può, nella insindacabile libertà e varietà delle opinioni, propugnarne anche in Italia l'introduzione. Ma fin tanto che una siffatta riforma non sia compiuta e l'indissolubilità del vincolo rimanga il canone fondamentale del nostro diritto matrimoniale, è chiaro che chi per vie traverse cerchi di ottenere ciò che la legge patria non consente, opera in frode della legge e manca a quel rispetto

per la legge che è primo dovere e prima virtù del cittadino. E dappoichè senza dubbio alcuno il Governo, in presenza di una domanda d'un già italiano per rientrare nel regno con permissione speciale, deve esaminare e valutare l'onorabilità, i meriti e i demeriti del richiedente, non altrimenti che quando trattisi di uno straniero che aspiri a diventare italiano, è manifesto che il Governo non può non mettere nella bilancia il motivo che dettò la rinuncia alla cittadinanza d'origine, traendone una ragione sufficiente per negare al richiedente quel supremo fra i diritti, del quale in altro tempo egli stesso credè spontaneamente di fare getto. Ed invero, sarebbe troppo comoda cosa vestirsi e spogliarsi della qualità di cittadino secondo le convenienze del momento, cumulando i vantaggi di diverse legislazioni e scansando le limitazioni alla libertà che esse impongono.

Nè devesi dimenticare che una ragione di giustizia sociale sconsiglia nella ipotesi in discorso di favorire il ricupero della cittadinanza. È noto che per ottenere il divorzio all'estero occorrono spese non indifferenti, quali quelle per recarsi in paese straniero, per fissarvi la dimora e, quando sia necessario, per acquistarvi beni stabili. Ora, tutto ciò non essendo consentito se non a coloro che sono provvisti di largo censo, accogliendoli di nuovo in patria come cittadini si verrebbe in fondo a sanzionare una disparità di trattamento che si risolverebbe praticamente « nell'ammettere il divorzio per i ricchi e nel negarlo per i poveri ».

Torna inutile avvertire che il rifiuto della permissione speciale richiesta pel ricupero della cittadinanza, non significa punto divieto a rientrare nel regno dove, secondo i principî liberali della nostra legislazione, lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini, e non è escluso nemmeno da taluni diritti pubblici.

Non potrebbe invocarsi, a favore di una tesi contraria, nemmeno il riguardo dovuto alla condizione dei figli, imperocchè, grazie alla provvida disposizione dell'art. 11 c. c., i figli minori di colui che abbia perduta la cittadinanza, possono evitare di perderla anch'essi, purchè continuino a tenere la loro residenza nel regno, e anche quando ciò non facciano, possono riacquistare la cittadinanza nei casi e modi espressi nei due capoversi dell'art. 6 dello stesso c. c.

Può tuttavia concedersi che la soluzione negativa del proposto quesito non sia così rigida e assoluta da non ammettere qualche particolare eccezione. Ed infatti non è difficile immaginare casi, specialmente di emigrati per ragioni economiche, pei quali l'acquisto della cittadinanza estera sia avvenuto non in frode della legge sulla indissolubilità del matrimonio, ma per onesti e legittimi motivi, e sui quali solo posteriormente il già italiano naturalizzato straniero abbia profittato della sua nuova legge nazionale autorizzante il divorzio. In simili casi non vi sarebbe ragione per impedire il ricupero della cittadinanza italiana all'emigrato che volesse tornare in patria. Ma appunto per la varietà dei casi singoli e delle circostanze di fatto che li accompagnano, è obbligo del Governo d'indagare volta per volta non solo intorno alle qualità personali del richiedente, ma anche intorno alle cause che lo determinarono all'acquisto di una cittadinanza straniera, come intorno a quelle che motivano il suo ritorno alla cittadinanza originaria.

P. q. m., è d'avviso, che non sia da concedere la permissione speciale di cui all'articolo 13 n. 1 c. c., quando consti che il richiedente rinunziò alla cittadinanza italiana e si trasferì in paese estero, conseguendovi la cittadinanza, al manifesto scopo di sciogliersi dai vincoli matrimoniali.

Avv. **Arturo** Vedani, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

UN CASO TIPICO
IN MATERIA DI PROPRIETA' FOTOGRAFICA

Sommario. — Introduzione: I tre sistemi sulla protezione delle opere fotografiche; esclusione, assimilazione, mezzo termine. — I. La dottrina è contraria al sistema del mezzo termine, che è viceversa il sistema prediletto dalla giurisprudenza. — II. L'assurdo di questo sistema giunge al colmo in due recenti sentenze opposte e contraddittorie sulla stessa fotografia. — III. La protesta del Pubblico Ministero. — IV. Gli infiniti errori di una sentenza. — V. L'errore sui ritocchi. — VI. Altri errori ed amenità delle perizie. — VII. Conclusione e voti per il giusto orientamento della giurisprudenza verso il sistema dell'assimilazione.

Com'è noto, una delle questioni più vive e più discusse, più eleganti e più moderne nel campo vastissimo e per sè stesso controverso della proprietà intellettuale, è la questione sulla tutela legale delle opere fotografiche.

In Italia, come anche in Francia, la legge sui diritti d'autore non comprende espressamente nella sua protezione le fotografie, e quindi la questione sul carattere di opera dell'ingegno o di lavoro meccanico, da riconoscere alla fotografia, può dirsi davvero capitale, poichè è giustamente ritenuta la base stessa del diritto in materia di proprietà fotografica.

Spesso però, pur trattandosi di una indagine di diritto positivo, si suol porre male la questione. Non si ricerca se la fotografia sia o pur no protetta dalla legge sui diritti d'autore. Si domanda invece se la fotografia sia un'arte o un'industria. E si riproduce così la controversia generica sui rapporti tra la fotografia e l'arte: controversia che richiede larghe conoscenze di arte, di fotografia e sopra tutto di estetica, ma che viceversa si dibatte abitualmente senza questi presupposti, con la sola guida di vecchi pregiudizi, d'impressioni fallaci e di astratte superficialità.

Certo, anche messa così la questione, ben lungi dall'esser semplicemente teorica, appare della più grande importanza pratica nelle sue applicazioni giuridiche; ma si esce in tal modo dai veri termini della indagine. Esistendo una legge sui diritti d'autore, bisogna intenderne bene la portata, fissarne l'estensione e infine vedere se essa possa comprendere nella sua tutela anche la fotografia.

Tanto per la legge nostra, quanto per la legge francese, lo

spirito informatore delle varie disposizioni sulla proprietà intellettuale è, in fondo, lo stesso. Si protegge l'opera dell'ingegno indipendentemente dal merito, dalla mole, dalla importanza, dal valore, dallo scopo e dalla destinazione, purchè vi sia una produzione dell'ingegno estrinsecata in una forma nuova e individuale. È vero che l'art. 7 della legge francese, 19 luglio 1793, riguarda « l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure ou toute autre production de l'ésprit ou du génie qui appartient aux beaux arts »; ma ciò non vuol dire che ogni opera protetta debba essere necessariamente un'opera d'arte nel senso più alto della parola.

La dottrina e la giurisprudenza, così in Francia come in Italia, hanno fatto rientrare nella comprensione della legge pur le minime, le più umili e persino le più volgari e spregevoli opere dell'ingegno, quando queste costituiscono un'opera nuova e personale. Il disegno, comunque prodotto, appartiene sempre alle arti figurative e quindi a quelle che sogliono chiamarsi, per antonomasia, le belle arti. Così che ad ogni modo la questione si riduce in termini più semplici e si tratta veramente di vedere se la fotografia, o, meglio, il disegno fotografico sia un'opera dell'ingegno. E ciò per la legislazione italiana è anche più chiaro, poichè la nostra legge sui diritti d'autore del 19 settembre 1882 parla appunto dei « diritti spettanti agli autori di opere dell'ingegno ».

Riguardo alla protezione legale delle fotografie, dunque, in Italia si discute sull'applicabilità della legge 19 settembre 1882 riguardante i diritti d'autore, e in Francia si disputa sull'applicabilità della legge 19 luglio 1793 riguardante i diritti di proprietà degli autori di scritti di ogni genere, dei compositori di musica, pittori e disegnatori.

Rilevo il parallelismo delle due leggi nelle due nazioni, perchè il movimento delle idee nella dottrina e nella giurisprudenza dei due paesi si è svolto su per giù a traverso le stesse fasi sulla stessa questione, quantunque le ultime conseguenze nel campo giudiziario siano state alquanto diverse.

Sulla questione della tutela legale delle fotografie tre correnti si sono determinate, così in Italia come in Francia.

Secondo una prima corrente, che attesta l'influenza di vecchi e insussistenti preconcetti, la fotografia non può esser protetta dalla legge sui diritti d'autore, perchè i suoi prodotti sono dovuti a un lavoro puramente meccanico e non già ad un'azione intelligente dell'uomo sulla macchina; cosi che manca nella fotografia il lavoro intellettuale. È questo il sistema dell'esclusione. Sorto quando la fotografia non aveva ancora raggiunto i progressi attuali, esso si è mantenuto in vigore per qualche tempo, ma poi è stato man mano quasi del tutto abbandonato come non più rispondente alla realtà delle cose. A questo sistema si ricollegano appena cinque o sei sentenze francesi anteriori al 1865 e cinque o sei sentenze italiane, di cui due anteriori al 1865 e le altre anteriori al 1876.

Di fronte a questa prima corrente, che è soltanto un ricordo storico, vi è l'altra opposta che costituisce il sistema dell'assimilazione. L'opera fotografica deve essere protetta come tutte le altre opere intellettuali comprese nella legge sui diritti d'autore: l'azione della macchina non basta di per sè stessa a produrre l'opera, ma richiede necessariamente l'intervento dell'attività intellettuale del fotografo. Se è vero che la luce impressiona lo strato di gelatina sensibile, è anche vero che soltanto il fotografo dirige il lavoro creativo dell'immagine; egli soltanto determina l'aspetto sotto il quale l'oggetto deve essere presentato all'azione della luce; egli soltanto concepisce l'immagine prima di fissarla sulla lastra; egli soltanto ha la visione personale dell'immagine definitiva; e modifica le linee, le pose, gli atteggiamenti; coglie certe date espressioni, dispone gli accessorii, aggruppa i modelli, sceglie il punto di vista, gli effetti di luce, i contrasti di toni, le gradazioni dei chiari e degli oscuri, componendo materialmente e mentalmente il suo disegno, compiendo tutto quel lavoro preliminare di concezione e di quasi esecuzione che compie l'artista in genere. E tutto ciò spesso con la massima rapidità. Osservazione, immaginazione, concezione e decisione sono tutti elementi intellettuali che il più delle volte devono svolgersi quasi in un lampo e colpire l'attimo fuggente. L'unica differenza fra il pittore o lo scultore e il fotografo sta nella diversa scelta dei mezzi di espressione: l'uno si serve del pennello, del pastello o dello scalpello; l'altro si serve della luce, degli agenti fisici e chimici. Ma ogni fotografia è sempre, in grado maggiore o minore, un'opera dell'ingegno.

A conferma di questo sistema stanno sei o sette sentenze francesi e due o tre sentenze italiane; ma sta sopra tutto, con quasi unanimità, la dottrina prevalente, così in Francia come in Italia, oltre alle otto legislazioni che nell'Inghilterra, nel Canadà, nella Spagna, negli Stati Uniti d'America, nel Messico, nella Russia, nel principato di Monaco e nel regno di Hawai dispongono nel modo più assoluto l'assimilazione fra le opere fotografiche e le altre opere intellettuali.

Fra queste due correnti assolute ed opposte è venuta determinandosi, sopra tutto nella giurisprudenza, una terza corrente intermedia che pur troppo in Italia accenna sempre più a diffondersi. Nessuna norma assoluta: nè solo esclusione, nè solo assimilazione: la fotografia non può sempre dirsi un lavoro meccanico, come non può sempre dirsi un'opera intellettuale: occorre esaminare e decidere caso per caso: le produzioni fotografiche sono protette dalla legge sui diritti d'autore quando costituiscono opere artistiche e quando i magistrati le ritengono tali. Questo sistema del mezzo termine, che riposa sopra un criterio assolutamente erroneo e contrario allo spirito di tutte le leggi sui diritti d'autore, è un espediente volgare adottato dalla giurisprudenza per non risolvere, ma evitare la questione di massima.

Dei tre sistemi questo appunto che conduce a un deplorevole ibridismo antigiuridico di norme legali e di criteri estetici ha

incontrato il più largo favore nelle decisioni giudiziarie, e porta, come opportuno stigma della sua origine, il degno titolo di « sistema della giurisprudenza ». Esso conta una ventina di sentenze in Francia e una decina in Italia. Questo rapporto numerico fra i due paesi, per tal riguardo, non deve però far credere che l'erroneo sistema sia più favorito in Francia e meno in Italia. Può anzi fino a un certo punto affermarsi precisamente il contrario, poichè dal punto di vista statistico l'Italia rispetto alla Francia, nel campo della proprietà artistica e sopra tutto fotografica, offre materia alle decisioni giudiziarie in misura di gran lunga inferiore. Ad ogni modo è certo, che, mentre in Francia questo sistema tanto prediletto dalla giurisprudenza già quasi tende a sparire per sempre e a cedere il posto a quello dell'assimilazione più assoluta e completa, da noi invece imperversa ancora come nel suo più vivo rigoglio.

Ora, poichè da qualche tempo io vado studiando appunto i rapporti tra la fotografia e il diritto nella legislazione italiana e straniera, mi trovo in una certa famigliarità con tali questioni, anzi ho già pronto uno studio di cui la proprietà fotografica forma gran parte e che pubblicherò fra pochi mesi. Nè sarei uscito innanzi tempo dal riserbo che la mia serenità di studioso m'impone, prima di aver pubblicato il lavoro completo a cui attendo, se il sistema del mezzo termine, nella questione della tutela legale delle fotografie, non avesse trovato, contro ogni mia illusione, una nuova e più vigorosa conferma in due recenti sentenze italiane, le quali per fortuna non ne sono soltanto la più completa ed assurda applicazione, ma ne sono sopra tutto, per circostanze speciali, la più evidente e più incontestabile condanna.

I.

Del tutto contraria a questo sistema del mezzo termine si è giustamente dichiarata la grande maggioranza degli scrittori. Si può a dirittura affermare che in genere la dottrina è così costante nell'escluderlo come la giurisprudenza nell'ammetterlo.

La teorica intermedia è stata infatti ritenuta « assolutamente inammissibile, evidentemente contraria alla parola e allo spirito della legge, fonte di arbitrio e di pericolo ». Essa, — si è detto, — costituisce il peggiore dei sistemi proposti; la sua opinione mista, assai confusa, soggetta ad oscillazioni, conduce in definitiva alle conseguenze pratiche più erronee e più dannose. Ancora: « Il sistema che sicuramente è il più insostenibile di tutti, — si è soggiunto, — il sistema che bisogna escludere a ogni costo, poichè sostituirebbe l'arbitrio alla giustizia, è il sistema che lascia alla fantasia o al capriccio del giudice la cura di decidere se una determinata fotografia abbia o non abbia un carattere artistico. Evidentemente una tale soluzione porterebbe per necessità nella pratica alle decisioni più contradditorie, sopra tutto se si tien conto che un giudizio di tal genere importa un apprezzamento

di fatto, secondo la prevalente giurisprudenza, e non è quindi censurabile dinnanzi alla Corte di cassazione.

Invano qualcuno ha voluto attenuare la dura verità di queste giustissime critiche, concedendo che teoricamente (!) il sistema della giurisprudenza sia seducente (!) ed abbia qualche valore (!). Il cumulo di errori su cui si fonda la soluzione del mezzo termine è così grave dal punto di vista teorico come dal punto di vista pratico. Gli *axiomata media*, così spesso prediletti, attestano qui l'ibridismo e l'assurdo.

Se veramente si dovesse volta per volta decidere quale parte, nell'opera fotografica, spetti agli agenti naturali e quale all'ingegno del fotografo; se si dovesse porre in questi termini il così detto « apprezzamento sovrano del fatto », là dove si ha viceversa una questione di principio, verrebbero a trasformarsi il tribunale in accademia, la giustizia in estetica individuale, il magistrato in critico d'arte. Non si tratterebbe più di una questione di diritto, ma di una questione di gusto, assolutamente estranea alla funzione giudiziaria. E poichè i gusti sono tanti e diversi, poichè l'impressione, sopra tutto nel campo dell'arte, è qualche cosa di essenzialmente soggettivo, il giudizio dovrebbe variare secondo il sentimento più o meno artistico dei magistrati; e da convinzioni, che nulla han da vedere con la legge, dipenderebbe il decidere se un delitto esiste o non esiste, se un'opera deve o non deve esser protetta contro le usurpazioni. Il più libero campo sarebbe aperto agli arbitrii, agli abusi, alle incertezze. Per qualsiasi opera, anche per la più artistica, mancherebbe la sicurezza della protezione, come anche per la più meschina ed anti-estetica mancherebbe la sicurezza della libera produzione.

Or bene, può tutta la immensa produzione fotografica restare in piena incertezza da prima, e in pieno arbitrio di poi? È questa forse la base salda e precisa che la legge assicura ad ogni diritto? Subordinare la dichiarazione dell'esistenza di un diritto da una parte e della violazione di esso dall'altra, a un apprezzamento che nessuno può fare in precedenza con sicurezza, e che solo in seguito devono fare i giudici con criterii arbitrarii, incerti ed erronei, senz'alcuna competenza in proposito; — fare tutto ciò, infine, è forse conforme ai principii del diritto così pubblico come privato?

D'altra parte, con questo sistema, si falsa completamente il concetto della legge, poichè si cade nell'errore elementare di far dipendere la protezione legale dal merito dell'opera. Ed invece è anche troppo noto e troppo universalmente riconosciuto, che tanto la legge italiana quanto la legge francese, al pari di tutte le altre leggi sui diritti d'autore, non fanno punto questione di valore artistico, distinguendo tra opera ed opera nello stesso genere di produzione intellettuale. Il maggiore o minore ingegno, la profusione o l'assenza del sentimento estetico, non possono, per la legge, influire sulla protezione. Si attribuisce forse ai giudici un potere di apprezzamento per le opere della pittura, del

disegno e della scultura? Si permette ad essi forse, per queste arti espressamente comprese nella legge, di ricercare il grado del valore artistico, di ammetterlo o di escluderlo, di concedere o negare la protezione legale? No; la legge, nella sua larga comprensione, protegge tutte le produzioni dell'ingegno, indistintamente, e, per essere più esatti, tutte le produzioni che appartengono al campo delle opere intellettuali. Non occorre quindi vedere in qual grado vi appartengono, ma solo se rientrano in quel campo.

L'essenziale è sempre il *genere* di produzione a cui l'opera appartiene, la *categoria in sè*, astrattamente considerata. Se il genere, se la categoria, in cui l'opera rientra, è tale da produrre potenzialmente il bello, da estrinsecare una intuizione artistica, da mostrare l'impronta di un lavoro intelligente, da rivelare la personalità dell'autore, da destare persino il sentimento estetico, allora basta soltanto questo riconoscimento affermato in via di principio, perchè le produzioni appartenenti a un tal genere possano invocare la protezione della legge. Non è dunque il carattere artistico di un'opera, che la fa comprendere nella sfera della legge, ma il genere di produzione a cui essa appartiene. Se questo genere, — è bene ripeterlo, — vien considerato come manifestazione del prodotto dell'ingegno avente un'impronta individuale, tale sarà ritenuta l'opera di questo genere, indipendentemente dal suo valore. Se un genere è considerato come arte, sarà opera d'arte la produzione appartenente a un tal genere.

Nel senso legale l'arte è costituita dal carattere stesso della categoria in cui rientra il prodotto dell'ingegno, e non già dalla maggiore o minor perfezione estetica del singolo prodotto. Ma in nessuno dei casi di applicazione della legge ai generi che vi sono espressamente indicati è permesso ai tribunali di decidere secondo il valore artistico della produzione. Altrimenti come si farebbe a proteggere dei lavori di disegno o di pittura in cui non solo manca ogni concorso d'intuito artistico, ma si ha una vera profanazione dell'arte? Nè importa il modo con cui l'opera è ottenuta: la parte avuta dall'ingegno e quella fornita dai mezzi meccanici. Queste indagini sono estranee al giudizio sulla protezione dell'opera. Se così non fosse, sarebbe impossibile ammettere indistintamente alla protezione legale i disegni ottenuti col pantografo, col diagrafo e con altri processi meno perfetti della fotografia, ma dove la traccia da seguire è segnata meccanicamente e l'arte del disegno può essere assolutamente ignota o estranea all'operatore.

La giurisprudenza, per esser logica e coerente col sistema adottato riguardo alla fotografia, dovrebbe, sempre, e riguardo ad ogni specie di arte, esaminare se nel disegno in questione vi è carattere artistico, o meglio valore artistico, e non proteggerlo che a condizione di trovar questo carattere, questo valore. Invece essa riserba alla fotografia questo sistema eccezionale, contrario alla legge, e sostiene d'interpetrare così la legge stessa.

Non è corretto dire: la legge tutela gli artisti e quindi il fotografo può esser protetto solamente quando si rivela artista. Il vero è che la legge tutela le opere appartenenti a un dato genere di produzione intellettuale: tutela l'arte in sè, come categoria di prodotti, che il lavoro dell'ingegno ha resi beni economici e giuridici speciali, ma non già i soli prodotti in cui si affermi un *elevato* senso d'arte.

Quando si domanda se la fotografia può essere compresa fra i generi di espressione figurativa protetti dalla legge, allora soltanto si pone bene la questione. Ma perciò appunto non si può stabilire tra le opere di questo genere nuovo una distinzione che la legge non permette di fare nelle sue altre applicazioni. Se la fotografia è in sè un genere d'arte protetto, ciò basta ad escludere ogni distinzione: tutte le opere fotografiche devono essere protette.

Volendo esprimere questo concetto nella concisa dommacità che usavano un tempo gli scrittori di diritto comune e i decisionisti medioevali, così tipici per il loro barbaro latino, si potrebbe tutto riassumere con la formola sintetica di tre parole: « phothographia — *ergo* ars ».

Accogliere un sistema diverso non significa interpetrare la legge, ma portarvi delle aggiunte illecite e trasformarla in qualche cosa di nuovo. Come giustamente è stato notato, vi è qui un'alternativa dalla quale non si può uscire: o rifiutare a tutte le fotografie il titolo di opere artistiche o accordarlo a tutte. All'infuori di ciò non si ha che l'arbitrio, la illegalità. Riconoscere dunque alla fotografia in generale il diritto di esser compresa nei termini della legge, decidere che il genere fotografia vi può o non vi può rientrare: tale è il còmpito del giudice. Sorpassando questi limiti egli va oltre i suoi poteri, esercita delle attribuzioni legislative e stabilisce una giurisprudenza in cui l'arbitrio può determinare ogni decisione.

Una delle accuse più giuste e più gravi, fatte a questo sistema del mezzo termine, è, come si è visto, quella di trasformare la funzione giudiziaria del tribunale in critica d'arte. I sostenitori della teorica intermedia han creduto bene osservare in contrario « che questo preteso inconveniente si può verificare in ogni giudizio in cui l'arte nelle sue varie forme costituisce oggetto della vertenza, e che in ogni caso, nulla impedisce al giudice, quando non si senta abbastanza illuminato, di ordinare una perizia diretta appunto allo scopo di stabilire se e quali conoscenze sieno necessarie per eseguire nei singoli casi delle fotografie aventi carattere spiccato di opere dell'ingegno ».

Ma la difesa è assai debole. Innanzi tutto non è vero che in altri casi l'esistenza di un diritto e della relativa protezione legale dipenda da un giudizio estetico dei magistrati. E poi, anche ricorrendo al parere dei periti, non sparisce la possibilità di un solo fra i tanti inconvenienti notati, anzi si determinano ancor più i pericoli derivanti dalle incertezze, dagli abusi, dagli arbitrii, dalla falsa interpretazione ed applicazione della legge. La pe-

rizia in molti casi pratici diventa il mezzo legalmente iniquo con cui si sfogano ed impervorsano le rivalità professionali tra fotografo e fotografo, oppure l'occasione in cui qualche pittore ostenta disdegnosamente il suo ridicolo disprezzo verso il meccanismo fotografico, verso le pretese arti secondarie di ordine inferiore, verso la democrazia volgare degli esemplari a buon mercato, verso la così detta « cenerentola delle arti grafiche ».

II.

Il caso più tipico nella nostra giurisprudenza, il caso che, meglio di ogni altro, prova l'assurdità di questo sistema del mezzo termine è quello di due recentissime sentenze le quali, sulla stessa opera fotografica e per la stessa specie di contraffazione, hanno accolto due soluzioni assolutamente opposte e contradditorie.

Una identica fotografia è apparsa opera dell'ingegno ad un tribunale ed opera di pazienza ad un altro; è stata dichiarata degna di protezione legale a Venezia e indegna di qualsiasi titolo a Napoli; è stata considerata come lavoro d'arte in un lembo d'Italia e come prodotto meccanico in un altro; è stata ritenuta un oggetto garantito dalle contraffazioni oggi, per divenire senz'altro un oggetto di libera concorrenza domani. E tutto ciò nelle medesime condizioni, per la medesima violazione di diritto, sul medesimo oggetto, nella medesima nazione, sotto l'impero della medesima legge, ad istanza del medesimo autore, per i medesimi rapporti di diritto interno, in meno di un anno, anzi nel breve periodo di pochi mesi.

Il fatto che ha dato luogo alle due opposte sentenze è del pari unico nella sua semplicità.

Il fotografo Achille Mauri di Napoli è autore di un curioso ed eccellente lavoro fotografico in cui si rappresenta il teatro San Carlo durante uno spettacolo di ballo in una serata di gala. L'interno del teatro è ritratto dal palcoscenico, ed è popolato di ballerine sul proscenio, di spettatori illustri od ignoti nei palchi, nelle poltrone, nella platea. Il lavoro del Mauri non consiste soltanto in una fotografia del teatro San Carlo presa dal vero e inanimata, ma è sopra tutto una ricostruzione intelligente e geniale di ciò che può essere uno spettacolo di gala in quel magnifico edificio, una visione completa degli spettatori e dello spettacolo, una espressione animata del godimento artistico che in occasioni solenni può offrire il massimo teatro di Napoli. Il Mauri, dopo aver ottenuta, con mezzi di luce assai limitati, la fotografia rappresentante l'interno del teatro, ne ha popolati i palchi e la platea mediante un difficile, sapiente ed accurato lavorio. Egli ha dovuto procurarsi i ritratti di moltissimi personaggi illustri nella politica, nella letteratura e nell'arte, li ha riprodotti con riduzioni graduate secondo le esigenze delle leggi di prospettiva, li ha disposti nei palchi di proscenio, aggruppan-

doli con garbo, disegnando delle pose opportune sotto le loro teste, completando, ritoccando, armonizzando. Con questo procedimento di sovrapposizione e di miniatura, egli ha messo in evidenza le figure molto note di Crispi, Mancini, Nicotera, Cavallotti, Carducci, Imbriani, Sovio, Baccelli e di altri; ha fatto apparire nel palco reale le auguste persone dei Sovrani e dei Principi d'Italia e di Germania; ha, infine, rappresentata nel primo piano dell'immagine, sul proscenio, una graziosa danza di ballerine.

Dalla fotografia così trasformata egli ha ricavato una nitida negativa, ed ottiene delle ottime positive assai ricercate nel pubblico, sopra tutto dai forestieri, che vi trovano non soltanto l'immagine dell'interno del famoso teatro, ma ancora la ricostruzione suggestiva di uno spettacolo di gala e il ricordo di fisonomie assai conosciute in Italia.

Nell'aprile del 1894 il Mauri, visto il gran favore che quell'opera sua incontrava nel pubblico, pensò a premunirsi dalle contraffazioni e fece quanto è richiesto dalla nostra legge per le formalità del deposito e della dichiarazione di riserva dei diritti d'autore.

Ma dopo qualche anno vennero tuttavia le temute contraffazioni. Delle cartoline postali illustrate che riproducevano la fotografia del San Carlo, così popolata ed elaborata, furono poste in commercio, prima a Venezia da un certo Giorgio Sternfeld, poi a Napoli dalla ditta Richter e propriamente dal suo rappresentante Oscar Huesch. Sì che il Mauri dovette promuovere giudizio per contraffazione della sua fotografia tanto a Venezia quanto a Napoli.

Il fatto era lo stesso, come si vede, ma le decisioni furono semplicemente contrarie, come accenneremo, e come apparirà ancor meglio dal testo delle due sentenze che pubblichiamo in appendice a queste osservazioni.

La seconda sezione del Tribunale di Venezia, con sentenza del 18 maggio 1900, ritenne la fotografia del Mauri un lavoro dell'ingegno protetto dalla legge sui diritti d'autore e condannò il contraffattore.

« Non può dubitarsi vedendo la fotografia di cui è questione, — disse il Tribunale di Venezia, — che non si tratti *nel caso* di un'opera d'ingegno e che qui non vi sia soltanto il risultato della chimica e della luce. Il cav. Achille Mauri doveva aver sorpassate molteplici difficoltà per giungere al risultato di ottenere la splendida fotografia di cui lo Sternfeld fece la riproduzione ».

Precisamente l'opposto fu invece deciso dalla dodicesima sezione del Tribunale di Napoli, con sentenza del 18 gennaio 1901.

« In linea preliminare, — si osservò con quest'altra sentenza, — per valutare la responsabilità ascritta ad Oscar Huesch, non occorre che il Collegio esamini se in genere l'opera fotografica debba considerarsi vera opera d'arte e per tanto tutelata dalla legge sui diritti d'autore o soltanto arte puramente meccanica e chimica, giacchè è ormai prevalentemente ritenuto dalla

giurisprudenza e dalla dottrina che i prodotti della fotografia, per lo spirito e per la lettera della legge speciale, possono assorgere, come qualsiasi esplicazione dell'ingegno umano, ad opera d'arte. Deve il Collegio soltanto soffermarsi a vedere se, pur essendo indiscutibili la genialità e la originalità dell'idea del Mauri, la forma con la quale egli la esternò e le diede vita, cioè la fotografia del San Carlo, possa annoverarsi fra le opere artistiche.

« La genialità e la originalità di un'idea non implicano, — prosegue la sentenza, — che la forma in cui è investita sia opera artistica, perocchè la legge non ha inteso tutelare il monopolio delle idee, bensi la produzione dell'ingegno. Perchè possa qualificarsi artistica un'opera, è mestieri che si presenti e si riveli per la sua specifica perfezione, come frutto di lavoro intellettuale non comune, esplicato con mezzi che non sono alla portata di tutti e che indicano eccezionale competenza dell'autore nell'arte da cui l'opera emana. Ora la fotografia del Mauri non racchiude tali estremi, manifestandosi essa nè più nè meno che un lavoro di pazienza eseguito con mezzi accessibili a tutti i fotografi.

« Sull'esemplare esibito dal Mauri, — soggiunge ancora la sentenza, — non si ravvisa la verità di quanto egli asserisce in querela, il difficile lavorìo di miniatura nel quale precisamente egli fa consistere la qualità artistica dell'opera. In conseguenza non può disconvenirsi dal parere espresso dai due periti indotti ed uditi a discarico dell'imputato. Il pittore Paolo Vetri avvisa che l'opera del Mauri costituisce lavoro di pazienza e di pura meccanica, aggiungendo di non comprendere in che consiste il lavoro di miniatura di cui parla il querelante. L'altro perito, il fotografo Lamarra, consentendo nell'avviso del Vetri, ha soggiunto che il lavoro di miniatura indicato dal Mauri è un processo non artistico, ma mero ritocco di fotografia ».

A parte gli infiniti errori di cui è a dirittura gremita questa sentenza e di cui ci occuperemo in seguito, notiamo qui semplicemente che tanto questa decisione quanto l'altra precedente e contraria passarono in cosa giudicata e che quindi resta definitivamente consacrato, per una delle solite aberrazioni della giurisprudenza, l'assurdo enorme secondo il quale la stessa fotografia è opera dell'ingegno a Venezia e prodotto meccanico a Napoli.

III.

Questo caso, mostruosamente tipico, è, dunque, la prova migliore della dannosissima incoerenza a cui per necessità di cose porta il deplorevole sistema del mezzo termine.

Prima, però, di mostrare quale inverosimile emporio di errori sia la seconda sentenza, voglio qui riferire alcune censure mosse contro di essa dal medesimo magistrato che presso il Tribunale di Napoli, nella causa del Mauri, rappresentava il Pubblico Ministero, e che, dopo aver date delle conclusioni difformi dal giudizio del Tribunale, dopo aver appellato contro la

sentenza, esponeva i motivi del suo appello in una informativa al Procuratore Generale. L'appello non ebbe corso, poichè a quest'ultimo piacque di non ritenerlo fondato e di non richiederne la discussione, ma i motivi rimasero ed ebbero corso diversamente, poichè furono pubblicati dalla rivista giuridica napoletana intitolata *La domenica giudiziaria.*

« Il Tribunale, — osservava il sostituto procuratore del Re, Sante Valerio, — senza esaminare se i prodotti della fotografia possono considerarsi un'opera dell'ingegno e meritare perciò la tutela della legge sui diritti d'autore, sostiene che il lavoro fotografico del Mauri, rappresentante l'interno del teatro San Carlo, non deve essere tutelato dalla legge, perchè, pure riconoscendosi la originalità e la genialità dell'idea che lo generò, la forma che lo riveste non presenta quella perfezione che è frutto di un lavorìo intellettuale non comune.

« Francamente una tale esistenza, informata ad un concetto altissimo (*sic!*), per quanto inopportuno, dell'arte, ha tutta l'aria e la severità di un giudizio di una commissione artistica chiamata a giudicare se un lavoro meriti o no il battesimo di opera d'arte. E la cosa si spiega quando si consideri che quella sentenza riproduce il giudizio che dettero l'illustre pittore, professor Vetri ed il noto fotografo cavalier Lamarra, periti che l'imputato presentò a suo discarico; il primo dei quali, *con quel disdegno di chi professa l'arte nobilissima della pittura,* disse che la fotografia non può mai elevarsi all'altezza di un'arte bella; ed il secondo, *con una mal dissimulata punta di gelosia,* affermò che il lavoro del Mauri era un'opera di pazienza e non altro.

« Furono coteste affermazioni di persone autorevoli che influirono sul giudizio del tribunale, che risponde forse (!) ai principii dell'estetica (!!) ed alle norme di una critica severa (!!!), ma che non è consono nè allo spirito nè alla lettera della legge sui diritti d'autore. La quale legge, com'è detto nell'articolo primo, tutela la proprietà delle opere dell'ingegno senza occuparsi affatto del merito maggiore o minore di esse e del grado di potenza dell'ingegno che le partorì, alla stessa guisa che la legge penale ordinaria tutela la proprietà, propriamente detta, senza occuparsi se questa abbia il valore di un milione o di poche lire. E come sarebbe strano e ingiusto che si punisse il ladro che ebbe l'opportunità o l'astuzia di rubare molto e si lasciasse impunito chi non potette rubare che poco, così sarebbe strano e ingiusto che si punisse chi riproduce un quadro del Morelli e si mandasse assoluto quei che riproduce il quadro di un pittore poco conosciuto, solo perchè il primo ha un grandissimo valore artistico ed il secondo un valore minimo; quasi che il povero a cui si ruba poco, perchè poco possiede, non debba risentire il danno, che gli si cagiona, come e più del ricco a cui si è rubato molto.

« Seguendosi il concetto del Tribunale, la legge sui diritti d'autore sarebbe informata a principii aristocraticamente ristrettivi ed assoluti e non potrebbe applicarsi se non in casi raris-

simi: in quei casi, cioè, in cui l'opera fosse la concezione del genio o di un ingegno altissimo, la esecuzione di essa fosse nel massimo grado perfetta e che essa potesse resistere agli strali della critica. La quale, quando si tratta di giudicare opere di autori contemporanei, è spesso gelosa e però demolitrice; senza tacere che il gusto del pubblico è sempre vario e capriccioso, di maniera che non sempre l'opera che più piace è la più bella. Si è perciò che nella legge è usata la espressione generica « opera dell'ingegno » alla quale non è lecito sostituire, a seconda dei casi, quelle specifiche di « opera d'arte », « opera letteraria », « opera scientifica »; le quali espressioni si prestano facilmente all'esame critico, che non potrebbe fare il magistrato, a meno che non si possedessero cognizioni tecniche svariate o non si ricorresse all'aiuto di persone perite: cosa impossibile la prima, pericolosa la seconda. Mentre è agevole stabilire, e col sussidio del solo buon senso, se un lavoro o prodotto qualsiasi possa considerarsi un'opera dell'ingegno. Basta vedere se l'opera non sia esclusivamente manuale o prodotta con un processo meccanico, se in essa sia intervenuto poco o tanto l'ingegno umano, ch'essa riveli il pensiero dell'autore od il gusto dell'esecutore; e non bisogna andare più in là; perchè altrimenti l'indagine si muterebbe in esame critico ed il giudizio del magistrato in giudizio di persona tecnica.

« Se questo avesse fatto il Tribunale, certamente non avrebbe dichiarato escluso dalla tutela della legge il lavoro del Mauri, perchè, con la sua sentenza, ritenne che esso rivestiva un'idea originale e geniale e che, se nella esecuzione mancava quella perfezione che è frutto di un lavorio intellettuale non comune, non potette escludere, per lo meno, che in essa fosse tanto da rivelare un lavoro intellettuale comune, cioè più di quanto basti per aversi un'opera dell'ingegno. Ma il Tribunale volle rinvenire nel lavoro del Mauri un'opera d'arte, anzi una vera opera d'arte, tenendo presente più il parere dei periti, che il dettato della legge e la sentenza favorì colui che riprodusse il lavoro del Mauri, perchè non potette o non seppe farne uno che lo superasse o l'uguagliasse, e ne spacciò le riproduzioni con l'utile proprio e col danno altrui ».

IV.

Con tutta franchezza, pur lodando la giusta protesta del Valerio e le sue assennate censure contro l'erronea sentenza, devo dire che egli non è molto preciso nelle sue conclusioni sul criterio da porre a base della tutela legale riguardante le opere dell'ingegno.

Voler vedere in ogni opera singola se si tratti di un lavoro manuale o meccanico, se è intervenuto l'ingegno in modo da rivelare il pensiero dell'autore o il gusto dell'esecutore; voler cioè fare questa indagine, a me sembra lo stesso che ristabilire in minori proporzioni un esame critico sul merito dell'*opera*

singola, anzi quell'esame, appunto, che si vorrebbe escludere e che la legge non ha potuto disporre nè meno in proporzioni minime. Siamo sempre da capo. La questione che il magistrato deve porsi è questa: se la fotografia *in genere* può produrre e produce opere dell'ingegno. Quando si è accertato che la categoria delle opere fotografiche è composta di opere dell'ingegno ed è quindi protetta dalla legge sui diritti d'autore, allora *necessariamente* la nuova produzione, che rientra in tale categoria, deve essere senz'altro compresa nella tutela legale.

Ora appunto una delle più gravi inesattezze, in cui è incorsa la deplorevole sentenza del Tribunale di Napoli, è costituita dalla contraddizione fra le premesse e le conseguenze sul carattere delle opere fotografiche. Quando si è riconosciuto, in un punto della sentenza, « che i prodotti della fotografia, per lo spirito e per la lettera della legge speciale, possono assorgere, come qualsiasi esplicazione dell'ingegno umano, ad opera d'arte », non si ha più il diritto di esaminare il valore più o meno artistico dell'opera fotografica in questione. La fotografia è potenzialmente un'arte, è sempre e realmente un genere d'arte, una categoria di opere dell'ingegno appartenenti alle arti figurative; e ciò basta perchè ogni sua *nuova* produzione, *qualunque essa sia*, debba godere della protezione legale.

A prima giunta, nella sentenza, parrebbe di scorgere semplicemente un'altra contraddizione fra i requisiti di genialità riconosciuti in astratto all'idea espressa fotograficamente dal Mauri e la qualifica di lavoro di pazienza data in concreto alla fotografia da lui eseguita. Il tribunale si accorge dell'impressione sfavorevole che può produrre il duplice criterio e cerca di giustificare i suoi motivi. Però non solo non riesce a fare sparire l'antitesi che sembra una semplice contraddizione ed è un vero errore, ma enuncia parecchi argomenti i quali formano tutto un cumulo d'inesattezze.

Generalmente si ritiene, ed è stato anche affermato da un nostro illustre giurista, che se troppo spesso le decisioni giudiziarie lasciano molto a desiderare dal lato della correttezza giuridica, alcune di esse eccedono senza dubbio i limiti del tollerabile. In questo caso della sentenza del tribunale di Napoli nella causa del Mauri sono appunto sorpassati i limiti del tollerabile; poichè vi si fa un aspro governo non solo della logica giuridica, non solo dei principii di estetica, non solo delle norme legislative, ma anche del buon senso.

La genialità e la originalità di un'idea, secondo il tribunale di Napoli, non implicano che la forma in cui questa idea è investita sia opera artistica, poichè la legge non ha inteso tutelare il monopolio delle idee, bensì la produzione dell'ingegno.

Ora la inappropriabilità delle idee rappresenta un vecchio e inutile argomento che sin dalla prima metà del secolo scorso si soleva opporre alla teoria della proprietà intellettuale in genere. E questo argomento è adoperato qui nel modo più erroneo e inconcludente. Certo nessuno pretende che vi debba essere un

monopolio delle idee, ma ciò che conferisce un diritto esclusivo all'autore è la *forma interna*, per dirla col Kohler, è la maniera di espressione, è il modo personale di estrinsecazione dell'idea. E che altra cosa è mai la nuova produzione dell'ingegno, se non una idea espressa in nuova forma, ossia con l'impronta personale della maniera in cui vede e sente l'autore? L'idea può essere vecchissima, preistorica a dirittura, ma se viene espressa in forma nuova e quindi personale, dà vita a un'opera nuova dell'ingegno e al relativo diritto d'autore.

Allora soltanto avrebbe potuto reggere e trionfare l'argomento della inappropriabilità delle idee, qualora il Mauri si fosse querelato contro una imitazione dell'idea a cui era informato il suo lavoro, qualora cioè altri avesse eseguito per proprio conto una fotografia del teatro S. Carlo veduto dal proscenio, e l'avesse popolata di personaggi con suo proprio lavoro personale. Solo in tal caso si sarebbe potuto osservare correttamente che la nuova produzione doveva ritenersi lecita, poichè la legge non assicura il monopolio o la privativa delle idee astratte. Ma viceversa ciò che nel nostro caso si trova ingiustamente appropriato da altri, e quindi usurpato, è il modo personale di espressione dato all'idea, è la forma stessa in cui l'idea si estrinseca. Ed è inutile sottilizzare assurdamente fra la genialità ed originalità dell'idea, da una parte, e la meccanicità e pazienza dell'estrinsecazione dell'altra. Sebbene questa seconda affermazione sia sempre falsa per ogni fotografia, è pur certo, che, indipendentemente da ciò, l'idea e la forma, in cui questa idea viene estrinsecata, costituiscono un complesso unico, indivisibile; onde, se è artistica l'idea, se la rappresentazione appartiene alle arti figurative, anche la forma, in cui essa è investita, deve rientrare nel genere artistico, ossia nel genere delle arti figurative, senza distinzione di merito.

È trascorso ben più di un quarto di secolo dall'epoca in cui Antonio Scialoia esponeva nitidissimamente questi principii fondamentali nella sua nota relazione sul progetto della nostra legge attuale in questa materia dei diritti d'autore; e pure bisogna ricordarli, come cosa dimenticata, persino ai magistrati che avrebbero l'obbligo di accertarsi su quali criterii è fondato il sistema della nostra legge riguardante la proprietà intellettuale.

Il tribunale di Napoli, però, prosegue inesorabilmente nella grandine degli errori.

« Perchè, — esso afferma, — possa qualificarsi artistica un'opera è mestieri che si presenti e si riveli per la sua specifica perfezione, come frutto di lavoro intellettuale non comune esplicato con mezzi che non sono alla portata di tutti e che indicano eccezionale competenza dell'autore nell'arte da cui l'opera emana. Ora la fotografia del Mauri non racchiude tali estremi, manifestandosi essa nè più nè meno che un lavoro di pazienza eseguito con mezzi accessibili a tutti i fotografi ».

Già basta leggere questi motivi per convincersi che non ho punto esagerato qualificando tutta la sentenza un ammasso inconcepibile d'inesattezze.

Ma come? La legge tutela soltanto le opere di « specifica perfezione? ». Soltanto il « frutto di lavoro intellettuale non comune? ». Soltanto i prodotti dovuti alla « eccezionale competenza dell'autore nell'arte da cui l'opera emana? ». Soltanto i lavori dell'ingegno eseguiti « con mezzi che non sono alla portata di tutti? ».

Tutto ciò è semplicemente enorme. Ed io mi stupisco sempre più come in un solo periodo si siano potute mettere insieme tante affermazioni strane di concetti erronei.

Occorre forse ripetere, ancora una volta, che la legge tutela indistintamente tutte le nuove produzioni che appartengono alla categoria « opere dell'ingegno », senza badare al loro merito, massimo, minimo o nullo?

No: queste eresie del tribunale di Napoli non possono aver l'aria di esser dette sul serio.

Soltanto, per l'amenità della cosa, mi limiterò a domandare se i pennelli, le tele, i colori, gli scalpelli, il marmo, il bronzo, la carta, gli inchiostri, le matite, i pastelli, le penne e tutti gli altri elementi materiali che servono a produrre opere diverse da quelle fotografiche, non siano anch'essi dei mezzi di espressione accessibili a tutti.

E inutile, poi, rilevare che del pari sbagliata nel suo criterio di decisione di specie, ma viceversa immune da tanti altri errori, è la sentenza opposta pronunziata sulla medesima fotografia dal tribunale di Venezia. Anzi bisogna semplicemente tener in conto, che almeno, oltre all'aver dato in fatto una decisione giusta, quei magistrati hanno rimesso al proprio giudizio e non già all'arbitrio dei periti una questione la quale, per lo spirito della legge, non dovrebbe esser controversa.

Si noti, a ogni modo, che la prima sentenza fu esibita nel processo dal quale è risultata la seconda.

V.

Nell'ordine d'idee su cui si fonda il sistema del mezzo termine, e quindi anche in questa non lodevole sentenza del tribunale di Napoli, che ne costituisce la più completa e più erronea espressione, vi sono anche altre inesattezze ed altri errori. Sembra quasi impossibile, ma è così.

I ritocchi, in cui giustamente si vede assai spesso qualche cosa di assolutamente contrario all'estetica bene intesa, rappresentano appunto la principale base di distinzione pratica per i sostenitori del sistema intermedio. Secondo essi la protezione legale è sopra tutto dovuta alle aggiunte, alle correzioni ai rifacimenti, che la mano dell'operatore esegue sulla negativa o sulla positiva, riparando ai difetti di una rappresentazione della natura troppo dura ed esatta o troppo indecisa e incompleta. Qui si avrebbe, a loro modo di vedere, un lavoro creativo, diretto dal gusto, dall'abilità, dall'ingegno e dal sentimento dell'artista.

Molte sentenze si diffondono lungamente su questo punto. Bisogna però notare, come giustamente si è detto, che — se a rigore, sotto l'aspetto estetico, si può distinguere tra fotografie artistiche per bellezza perfetta e fotografie volgari, tra quelle che attestano un lavoro intelligente condotto con intuito d'arte, e quelle dovute in massima parte all'apparecchio — è però impossibile d'altro canto considerare i ritocchi come elemento di classificazione delle fotografie sotto l'aspetto della tutela legale. I ritocchi sono sempre dei disegni e quindi sono sempre protetti come manifestazione di quest'arte. E' impossibile dunque, per lo stesso sistema del mezzo termine, negare la protezione a una fotografia ritoccata, poichè i ritocchi, di per sè stessi, sono protetti.

La fotografia non è che il canovaccio e spesso il pretesto dei disegni che la modificano. Quando si ricerca se le opere fotografiche sono l'oggetto del godimento esclusivo assicurato dalla legge sui diritti d'autore, si tratta sempre delle opere non ritoccate: esse sole, per mancanza di espressa menzione legislativa, possono dar luogo a discussione. Di fronte al silenzio della legge, sulla tutela delle fotografie la giurisprudenza, il più delle volte, ha colto subito l'occasione dei ritocchi per non pronunziarsi sulla questione di principio e decidere soltanto in fatto. I ritocchi rendevano evidentemente applicabile la legge sui diritti d'autore, e tanto bastava. Questo volgare espediente ha fatto così prevalere, assai spesso, il mezzo termine.

E anche qui, — neanche a farlo a posta, — la sentenza emessa dal Tribunale di Napoli, nella causa del Mauri, rappresenta il colmo, la *perfezione,* il grado massimo degli errori.

Il Mauri, come abbiamo notato, non solo aveva ritoccata la sua fotografia del San Carlo, ma vi aveva aggiunto delle figure; aveva create, col disegno della mano, pose, atteggiamenti, gruppi, intrecciamenti di danze; aveva infine, col disegno e con le sovrapposizioni di ritratti, popolato un intero teatro e reso l'effetto dell'illuminazione di gala.

Ora se i prodotti del disegno sono incontestabilmente protetti dalla legge; se l'opera del Mauri è in massima parte il resultato di disegni eseguiti a mano con miniatura di personaggi e di accessorii; se per ritocchi ben inferiori a questi il sistema del mezzo termine ammette senz'altro la protezione della legge; se tutto ciò è vero, infine, come mai ha potuto la sentenza del Tribunale di Napoli giungere alla colossale enormità di negare anche al disegno, ossia a un genere indubbiamente artistico di produzione intellettuale, la protezione della legge? Come spiegare questa deroga all'ibrido sistema accolto? quest'altro errore nel campo della propria teoria?

Pur troppo di fronte ad aberrazioni di tal genere non vi sono più nè sistemi nè teorie: e non resta che una sola cosa buona: la confutazione opposta spontaneamente e inconsapevolmente per via di assurdo contro le stesse teorie invocate e spinte ai più deplorevoli eccessi.

VI.

Ma la miniera degli errori è veramente inesauribile nella sentenza non mai abbastanza deplorata del tribunale di Napoli.

A parte la grave inesattezza di considerare come contravvenzione e non già come delitto la riproduzione illecita, la sentenza esclude persino gli effetti della concorrenza sleale e i principii universalmente accolti in materia di responsabilità per il risarcimento del danno.

Il tribunale di Napoli, infatti, « osserva, infine, che, mentre sarebbe frustranea l'indagine sul dolo, versandosi in materia contravvenzionale, le proposte considerazioni esimono il collegio dal valutare se le cartoline del Richter riproducono con tale precisione la fotografia del Mauri da ritenere che costui s'intese fare e si fece sleale concorrenza producendogli notevole pregiudizio ».

Anche qui l'errore è troppo evidente e non occorre molto a dimostrarne l'enormità. Basti dire che, così nella dottrina francese come in quella italiana riguardo alla protezione delle opere fotografiche, è ritenuta una norma indiscutibile l'applicabilità dei principii sulla responsabilità per danno arrecato. E concordemente si afferma che, quand'anche le leggi speciali escludessero espressamente la fotografia dalla tutela delle opere dell'ingegno, dovrebbe sempre e per incontestabile necessità applicarsi il principio di diritto consacrato dal codice civile nella massima: « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno » (art. 1151 cod. civ. ital., art. 1382 cod. civ. franc.).

Ora, sopra tutto, mentre questo principio offre una così larga base alla risarcibilità del danno in genere ed anche del danno non patrimoniale; mentre la stessa giurisprudenza riconosce a questa norma la maggiore ampiezza; è proprio strano e inesplicabile l'erroneo disconoscimento che, con vero arbitrio, se ne fa nella decisione in esame.

Nel pubblico dibattimento fu fatta a uno dei due periti la domanda: se la cartolina postale del Richter poteva ritenersi una riproduzione precisa ed esatta della fotografia del Mauri. Il perito Vetri sibillinamente rispose che ciò poteva essere e non essere, poichè nel formato della cartolina i personaggi, per effetto della troppa piccolezza alla quale tutta l'immagine era ridotta, risultavano irriconoscibili.

Con ciò forse il perito non volle dare una riposta che potesse influire sulla questione di responsabilità e di concorrenza sleale; e fu, nella sua affermazione, non solo inesatto, ma più circospetto dello stesso imputato il quale non negava di aver *senz'altro* riprodotta la fotografia del Mauri, tanto più che la riproduzione, per le circostanze del fatto, era avvenuta in epoca anteriore alla contraffazione e con lo scopo della massima precisione. Senza

dubbio la riconoscibilità dei personaggi può influire sulle questioni riguardanti il diritto di costoro sulla propria immagine, ma non sull'esistenza del delitto di contraffazione.

Del resto il comportamento dei periti è abbastanza comico in questa causa. Ciò rende ancor più biasimevole la loro intrusione autorizzata da un tribunale che voleva sottrarsi alla questione di principio, e che così ha forse creduto di far risalire soltanto ai periti gli immensi errori commessi.

E' inutile qui ripetere che per ascrivere una immagine qualunque alle arti figurative occorre soltanto di non essere cieco. Anzi è lecito presumere che i magistrati per necessità del loro ufficio siano forniti di una vista almeno discreta. Quando, dunque, gli occhi dei magistrati hanno veduto che l'oggetto della lite non è una scrittura, ma un disegno, non vi è punto bisogno di periti: tanto se si tratta di una fotografia, quanto se si tratta di un'altra immagine diversamente ottenuta, l'oggetto della lite appartiene al genere delle arti figurative.

Le perizie devono ammettersi quando sorgono questioni tecniche; e qui, come in tutti i casi analoghi, evidentemente non era tecnica la questione.

Dato però l'esame critico ed estetico, ossia l'assurdo legale da cui il sistema della giurisprudenza fa dipendere la protezione legale di certe opere dell'ingegno e sopra tutto delle fotografie, è data anche la possibilità d'intrusione pei periti.

E allora la cosa diventa strana e comica nel tempo stesso. Sebbene già sia ridicolo vedere un magistrato, alle prese con l'estetica, enunciare regole di arte anzi che applicare norme di diritto, pure è forse più curioso lo spettacolo di periti i quali sfoggiano pomposamente i loro criteri di occasione.

Per la fotografia, i pittori, — che pure se ne servono, e imparano a *veder* meglio, ad esser meno retorici, meno accademici, — sogliono, quasi sempre, affettare un supremo disprezzo, e protestano contro ogni paragone che di essa si faccia con l'arte loro. Gli artisti veri, però, gli spiriti veramente superiori e rifuggenti dagli sdegni volgari dei mediocri hanno finito per intendere l'unità meravigliosa dell'arte figurativa in tutte le sue manifestazioni, dove l'immagine è il mezzo di espressione. Quante conversioni in questo campo e come esse onorano i convertiti!

Quaranta anni fa, in occasione di un celebre processo, sorto in Francia per contraffazione di fotografie, i contraffattori, per assicurarsi l'impunità, vollero sfruttare il disdegno dei pittori verso la fotografia e provocarono una protesta in cui alcuni illustri artisti insorgevano contro qualunque assimilazione fra l'arte e la fotografia. Quella protesta, che del resto rimase inefficace nel processo, portava le firme di Ingres, Flandrin, Robert Fleury, Henriquel Dupont, ecc. Ma quando nel 1879 un progetto di legge negava formalmente in Francia la stessa assimilazione, sorse un'altra protesta in favore della fotografia. Quest'altra protesta, che era spontanea e che si è ripetuta, pochi anni or sono, quasi con gli stessi nomi, portava le firme anche illustri

di Baudry, Bonnat, Bougnerau, Cabanel, Carolus Duran, Gérome, Hébert, Puvis de Chavanne, Robert Fleury, Jules Bréton, ecc. Come si vede, qualche nome dei primi protestanti ritorna per la tesi opposta, e attesta la conversione.

Mi dispiace, — dopo aver ricordato dei nomi così cari a quanti hanno il culto dell'arte, — mi dispiace veramente dover passare, senz'altro, per brevità, ai nomi dei due periti chiamati nella causa del Mauri come elementi di discarico in favore dell'imputato.

Il pittore Paolo Vetri, che pure non è persona volgare e rivela nei suoi disegni un elevato sentimento d'arte, ha il torto imperdonabile di aver volgarmente ripetuto la solita sciocchezza, che la fotografia è lavoro di pura meccanica; e, nel caso in esame, ha persino disconosciuto l'evidente lavoro di disegno che rientrava appunto nella così detta arte d'ordine superiore. Egli ha distinto fra opera di pazienza ed opera d'arte come se anche l'arte più alta e l'opera del genio non fossero in gran parte il resultato della pazienza. Egli invece avrebbe potuto ricordare una felice immagine del Bonghi: « Se il genio senza pazienza fa vampa e la pazienza senza genio ammucchia legna, non è se non dall'unione di quella con questo che nasce la fiamma durevole ». Ma sopra tutto avrebbe dovuto sapere che anche nell'esame estetico e non soltanto nell'esame legale, è *materialmente impossibile* dire dove finisce la pazienza e dove comincia una diversa esplicazione dell'ingegno. Genio e pazienza sono gradi diversi del lavoro intellettuale, ma non cessano perciò di aver la stessa natura. A voler sostenere il contrario si rischia di fare una figura abbastanza... istrionica.

Le affermazioni più buffe, poi, sono quelle fatte in pubblico dibattimento dall'altro perito, ossia dal fotografo Lamarra. « Opera d'arte, — ha sentenziato egli solennemente, — può dirsi quella che viene prima pensata e poi formata. Ciò non può dirsi della fotografia in cui tutto dipende dal meccanismo. La fotografia non può mai costituire opera d'arte. Riguardo al lavoro di miniatura, eseguito dal Mauri, esso è solo lavoro di pazienza e consiste nel semplice ritocco ».

Ogni commento è inutile. Queste affermazioni, che in tesi generale abbiamo dimostrate erronee, possono, tutt'al più, attestare che il fotografo Lamarra giudica soltanto da sè stesso. E allora non gli si può far torto di troppa modestia.

VII.

In conclusione, il tribunale di Napoli, secondo le attenuanti che gli accorda il proprio Pubblico Ministero, ossia l'egregio Sante Valerio, ha seguito ciecamente il giudizio dei due periti, che per disgrazia non vedevano bene. Ed è avvenuto un po' come nella favola dei ciechi, che è raffigurata mirabilmente dal Brughel in una delle più belle tele del Museo di Napoli: la guida era cieca, e, cadendo, ha tratto a precipizio gli altri ciechi.

Proprio così. Non si trattava, forse, soltanto di guardare per decidere?

Sia cecità, sia incoscienza od altro, le aberrazioni, su cui si fonda il sistema del mezzo termine, hanno raggiunto il colmo in questa decisione. E l'assurdo enorme di una stessa fotografia, che è dichiarata protetta da un tribunale e non protetta da un altro, dovrebbe imporre il ravvedimento.

L'esempio buono ci viene dalla Francia, dallo stesso paese onde ci venne, mezzo secolo addietro, il primo mal esempio.

Recentemente una importantissima sentenza del tribunale della Senna, in una causa famosa, affermava nel modo più assoluto l'assimilazione tra la fotografia e le altre arti figurative dal punto di vista della protezione legale.

« Le droit de l'auteur dérive de la création, — dice l'illuminata sentenza, — quel que soit du reste l'instrument matériel auquel il a eu recours pour exercer les facultés de son intelligence.

« Le dessin, étant, selon la définition qui a été donnée, la reproduction de la nature par un peu d'ombre et de lumière, les images photographiques sont évidemment des dessins. S'il faut faire une large part, dans le travail qui les a produites, aux instrument dont s'est servi l'operateur, il n'est pas vrai de dire que celui-ci a été complètement asservi à ces instruments. Il est bien certain, en effet, que son intelligence a été en jeu non seulement lors des préparatifs, mais aussi au moment même où l'oeuvre s'est réalisée, car il a dû déterminer l'aspect sous lequel il convenait de présenter son modèle devant l'appareil photographique et de saisir exactement l'instant le plus propice pour obtenir certains effets de lumière. Il a dû ensuite faire preuve de goût, de discerniment et d'habilité pour la composition des épreuves. Son effort intellectuel a ainsi imprimé à son oeuvre le caractère d'individualité nécessaire pour qu' il y ait création, au sens juridique de ce mot; d'où il suit que les dessins photographiques constituent une propriété artistique protégée contre la contrefaçon par la loi de 1793, et que dès lors le droit de reproduire appartient exclusivement, en principe, a celui qui les a créés.

« Ce droit de reproduction, étant réglementé par la loi elle-même, s'étend au portraits comme à toutes les autres oeuvres photographiques, sauf conventions contraires ».

Il sistema dell'assimilazione e della protezione assoluta delle fotografie, questo sistema così bene riassunto nei motivi qui sopra riportati della sentenza francese, conta, come abbiamo accennato, due o tre decisioni in Italia e sei o sette in Francia. Ed è appunto il sistema destinato a prevalere anche nella giurisprudenza.

Nella stessa teorica del mezzo termine, se da una parte, salvo eccezioni, la tendenza prevalente è favorevole alla tutela assoluta, dall'altra assai spesso i motivi del decidere costituiscono una premessa molto più larga delle conseguenze e vengono quasi

a confondersi con quelli adotti in favore dell'assimilazione generale.

Anche storicamente, — come apparirà ancor meglio dal libro che sull'argomento pubblicherò fra breve, — questo sistema del mezzo termine si presenta come l'anello di passaggio fra gli altri sistemi opposti dell'esclusione e dell'assimilazione, come qualcosa che segue ed attesta il progresso della fotografia, tanto nella tecnica e nell'estetica, quanto nella comune considerazione. Ma logicamente un tal sistema non ha ragione di esistere. L'ignoranza generale di ciò che è, di ciò che può e di ciò che richiede veramente la fotografia, quell'ignoranza che traspare da molte sentenze e da molti scritti giuridici, dopo essere stata causa non ultima del mezzo termine, accenna finalmente a sparire. Ora persino nella mente dei più sdegnosi artisti, — salvo sempre le non lodevoli eccezioni, — il nome di fotografia si associa senza repulsione a quello di arte.

Il sistema del mezzo termine, ibrido e illogico, imposto sinora sopra tutto da vecchi pregiudizi, è destinato a sparire e ad avere soltanto importanza storica come semplice contrassegno di un periodo di transizione.

Io non posso qui nè meno riassumere le molte considerazioni speciali che derivano dalla nostra legislazione sui diritti d'autore, nè posso riferirmi a studi che non ancora ho pubblicati. Posso soltanto affermare, con piena sicurezza e con intima convinzione, che l'esame sereno e spassionato dello stato, in cui ora si trova la questione fotografica in Italia, dovrebbe determinare la giurisprudenza ad accogliere finalmente in tutta la sua ampiezza il criterio dell'assimilazione.

La giurisprudenza francese ha già intuito il vero orientamento, ed è per noi doloroso il riscontro che alle più recenti decisioni francesi, confermanti il criterio esatto, fanno pur troppo le due ultime decisioni italiane nel caso di cui ci siamo occupati.

E' già deplorevole che la nostra giurisprudenza dal 1865 sino ad oggi, cedendo alla forza dei pregiudizi e dei preconcetti, lasciandosi trascinare dalla corrente degli sciocchi e degli ignoranti, abbia, — per più di un quarto di secolo, — falsata la vera interpretazione del nostro sistema giuridico. Un primo passo sulla buona via essa ha già fatto, del resto, dopo il primo decennio dalla pubblicazione della legge sui diritti d'autore, condannando l'indegna barbarie dell'esclusione assoluta opposta alle fotografie. Avrà essa una buona volta il coraggio di fare quest'altro passo ancor più decisivo, abbandonando dopo una troppo lunga e troppo ostinata esperienza, l'assurda distinzione del mezzo termine? Vorrà spontaneamente e definitivamente rinunziare al sistema di cui, ora, tanto si compiace?

La risposta non è facile. Chi può prevedere il domani? Certo il vero orientamento s'impone, ormai, ed è a dirittura doveroso seguirlo, per ossequio alla legge, alla giustizia, alla civiltà, al buon senso sopra tutto. E certo contro il sistema attuale della giurisprudenza non si useranno mai parole abbastanza vibranti,

violenti ed efficaci a distruggere nelle loro vecchie radici i tanti errori. Nè l'energia della frase deve spiacere. Anzi è bene qui ripetere, anche per mio conto, sebbene non ve ne sia bisogno, una classica dichiarazione del Petrarca:

> Io parlo per ver dire,
> Non per odio d'altrui, nè per disprezzo.

Lo svolgimento razionale del sistema giuridico a cui s'informa la nostra legge, lo sviluppo crescente dell'attività umana nel campo fotografico, il progresso continuo della fotografia dal lato tecnico e dal lato artistico, la stessa successione storica delle varie correnti intellettuali sulla questione fotografica; tutto, infine, dovrebbe spingere la giurisprudenza a non perseverare negli assurdi, a non andar più oltre contro questa complessa evoluzione di fattori sociali, a respingere da sè il comodo arbitrio del mezzo termine, come ha già respinta l'antica brutalità dell'esclusione sistematica, e ad applicare sempre, invariabilmente, l'unico criterio logico, giusto, legale: l'assimilazione assoluta.

Avv. Luigi Ferrara.

APPENDICE

Tribunale penale di Venezia

(II Sezione),

Udienza 18 maggio 1900.

Rinaldo, *Presidente*; Malanotti e Santasilia, *Giudici*; N. N., *P. M.*; conclusioni conformi. — Sternfeld, *imputato*.

Proprietà artistica sulle opere fotografiche. — Fotografia del teatro S. Carlo di Napoli in uno spettacolo di gala. — Contraffazione su cartoline postali illustrate. — Violazione dei diritti di autore. — Inammissibilià della buona fede. — Risarcimento dei danni. — Applicabilità, nella specie, della legge 19 settembre 1882 sui diritti spettanti agli autori di opere dell'ingegno. — Condanna.

Una fotografia rappresentante l'interno di un teatro durante la rappresentazione, veduto dal palcoscenico, non è soltanto il resultato della chimica e della luce, ma costituisce un lavoro intellettuale eseguito di fronte a molteplici difficoltà e deve, a prima vista, ritenersi senz'altro un'opera dell'ingegno protetta dalla legge 19 settembre 1882.

Perchè abbia luogo l'applicazione della pena e la condanna al risarcimento del danno basta la volontarietà del fatto in cui consiste la violazione del diritto, e non giova quindi, anzi deve ritenersi inammessibile la buona fede invocata, così in fatto come in diritto.

Il signor Giorgio Sternfeld di Giacomo, commerciante, nato e residente in Venezia, era imputato « della contravvenzione pre-

vista dal capoverso dell'art. 32 dello legge 19 settembre 1882, n. 1012 sui diritti d'autore, per avere nel luglio 1889 in Venezia riprodotto per mezzo dell'eliotipia sopra delle cartoline postali illustrate, una fotografia rappresentante l'interno del teatro S. Carlo di Napoli durante la rappresentazione, veduto dal palcoscenico, fotografia sulla quale durava il diritto esclusivo d'autore a profitto di Mauri Achille, e per avere eziandio spacciato un certo numero di quelle cartoline senza il consentimento del Mauri ».

Omissis, etc.

Ritenuto essere assodata la sussistenza del fatto, per cui risulta il capo d'imputazione dalla querela, dai verbali, atti e documenti di causa e dalle stesse confessioni dell'imputato Sternfeld Giorgio.

Ritenuto che dal complesso delle dette risultanze è emerso che il fatto stesso costituisca la contravvenzione, di cui l'art. 32 della legge 19 settembre 1882, n. 1012, sui diritti d'autore e così anche la responsabilità dell'imputato;

Infatti non può dubitarsi, vedendo la fotografia di cui è quistione, che non si tratti nel caso d'un'opera d'ingegno e che qui non vi sia soltanto il risultato della chimica e della luce.

Il cav. Achille Mauri doveva aver sorpassate molteplici difficoltà per giungere al risultato di ottenere la splendida fotografia di cui lo Sternfeld fece la riproduzione.

Che poi in detta fotografia del cav. Mauri esistesse il diritto esclusivo d'autore, lo si evince dalla lettera 24 novembre 1899, dell'avv. Pilogallo, ed insieme dalla nota della Prefettura di Napoli, in cui si attesta che, in seguito alle pratiche fatte dal Mauri stesso a norma degli articoli 1 e 4 del Reg. approvato col R. D. 19 settembre 1882, n. 1013, sez. II, la fotografia riproducente il teatro S. Carlo di Napoli era iscritta nel registro generale delle opere d'ingegno, presso il ministero di Agricoltura, Industria e Commercio, e fino dal 26 maggio 1894 erano state fatte le necessarie pubblicazioni nella *Gazzetta ufficiale.*

Ritenuto che lo Sternfeld da tale responsabilità non può rilevarsi sostenendo di aver fatto eseguire quella riproduzione in buona fede, nè in linea di fatto, nè in diritto.

Non in linea di fatto perchè l'ignoranza dalla legge non scusa, ed esso tale ignoranza non può invocare, perchè egli, commerciante, doveva sapere della esistenza della legge sui diritti d'autore, e prima di procedere alla riproduzione della fotografia avrebbe dovuto far le pratiche per accertarsi se la fotografia stessa era protetta da detta legge, pratiche che non ha fatte, e non pertanto procedette alla riproduzione e quindi anche allo smercio; perchè doveva anzi ritenersi in mala fede in quanto sulla fotografia aveva ricevuto ordine che l'autore si era riservato il diritto d'autore, trovandosi in un angolo della stessa la dicitura di caratteri visibilissimi « *Proprietà riservata. Cav. A. Mauri, Napoli* ».

Non in linea di diritto, poichè le violazioni alla legge sui diritti d'autore devono considerarsi costituire sempre contravven-

zione per ogni effetto di legge e dell'appellabilità e non ostante che sieno punite con pena pecuniaria eccedente il limite dell'ammenda, per cui basta vi concorra la volontarietà del fatto perchè l'autore debba rispondere, senz'uopo del concorso dell'intenzione di frodare.

Ritenuto quanto alla pena che la stessa può irrogarsi in modo mite e cioè nel minimo stabilito dalla legge, ammesso a favore del contravventore anche il beneficio delle attenuanti generiche.

Ritenuto che pena accessoria e conseguenziale è quella del risarcimento dei danni e pagamento delle spese.

Visti gli articoli 32, 33 della legge 19 settembre 1882, n. 1012, 59, 39 c. p., 397 c. p. p., dichiara colpevole Sternfeld del reato ascrittogli e come tale lo condanna alla pena pecuniaria di lire ottantatrè nonchè al risarcimento del danno verso la parte lesa da liquidarsi in altra sede ed al pagamento verso la parte stessa delle spese di sua costituzione e rappresentanza in L. 30 e delle spese di giustizia e tassa di sentenza verso il R. Erario.

Tribunale penale di Napoli

(XII Sezione).

Udienza 18 gennaio 1901.

Balbino, *Vice-Presidente*; Collenza, *Estens.*; Del Giudice, *Agg. giudiziario*; Valerio, *P. M.*; conclusioni difformi. — Huesch, *imputato*.

Proprietà artistica sulle opere fotografiche. — Fotografia del teatro S. Carlo di Napoli in uno spettacolo di gala. — Riproduzione su cartoline postali illustrate. — Pretesa violazione dei diritti di autore. — Inapplicabilità, nella specie, della legge 19 settembre 1882 sui diritti spettanti agli autori di opere dell'ingegno. — Conseguente inammessibilità dell'azione per concorrenza sleale. — Assoluzione.

Una fotografia rappresentante l'interno di un teatro durante la rappresentazione, veduto dal palcoscenico, non può annoverarsi fra le opere artistiche, poichè, anche possedendo pregi indiscutibili di genialità e di originalità, essa è sempre un lavoro di pazienza e non racchiude gli estremi richiesti per la tutela legale dalla legge 19 settembre 1882.

Perchè possa qualificarsi artistica un'opera è mestieri che si presenti e si riveli per la sua specifica perfezione, come frutto di lavoro intellettuale non comune, esplicato con mezzi che non sono alla portata di tutti e che indicano eccezionale competenza dell'autore nell'arte da cui l'opera emana.

Una perizia può accertare se una fotografia è lavoro di pura meccanica o pure un'opera dell'ingegno.

Esclusa un'opera fotografica, come lavoro di semplice pazienza, dalla protezione della legge sui diritti d'autore, si rendono frustranee l'indagine sul dolo e l'azione di concorrenza sleale.

Il signor Oscar Huesch fu Giorgio, commerciante e rappresentante in Napoli la ditta Rictere C.i, era « imputato di

violazione dei diritti d'autore a danno di Mauri Achille per aver riprodotto su di una cartolina una fotografia del S. Carlo contenente varii personaggi. Art. 32, 33 della legge 19 settembre 1882, n. 1012 ».

Il tribunale, in fatto, ritiene assodate le seguenti circostanze in base agli atti processuali ed ai risultati del pubblico dibattimento.

Nell'aprile del 1894 il fotografo cav. Mauri Achille fece legalmente dichiarazione di riserva dei diritti di autore per un lavoro fotografico eseguito nell'anno precedente, rappresentante l'interno del teatro S. Carlo di Napoli. Si rileva, osservando l'esemplare in atti di detta fotografia, che il Mauri ideò di ritrarre e ritrasse in grande formato la sala di quel teatro veduta dal palcoscenico durante una rappresentazione di gala, alla presenza dei sovrani d'Italia e di Germania, d'illustri parlamentari e di pubblico numeroso in platea e nei palchi.

Nel maggio del 1898 il signor Oscar Huesch, rappresentante la ditta Richter e C.i, al quale era stato commesso dalla ditta A. Mele e Comp.a di ritrarre i monumenti e le cose più rilevanti di Napoli, chiese al Mauri, ed ottenne di riprodurre in piccolo formato, per conto di detta casa, la indicata fotografia del S. Carlo, che con altre fu inserita nella collezione « Ricordi di Napoli ». Posteriormente, nell'agosto 1900, la ditta Richter mise in circolazione cartoline postali illustrate sulle quali figura riprodotta la fotografia del S. Carlo. Di ciò si dolse il Mauri che nel settembre seguente sporse querela contro il preindicato rappresentante della ditta Richter per violazione del suo diritto di autore.

Assunse il querelante, ed ha rifermato nel pubblico dibattimento, che la composizione fotografica da lui ideata ed attuata costituisce opera d'arte, meritevole della tutela di legge, inquantochè ad eseguirla dovè superare non lievi difficoltà artistiche, consistite nell'avere collocato fra le figure, per mezzo di miniature sovrapposte alla fotografia, i ritratti dei numerosi personaggi, dei quali non gli fu facile procurarsi le effigie, nell'avere ridotte queste ad opportuna grandezza e situate in pose convenienti. Dal canto suo l'imputato si è protestato innocente, adducendo precisamente la inapplicabilità delle sanzioni di cui nella legge sui diritti di autore, ed in linea subordinata la buona fede, perchè, mentre era assente da Napoli, la sua ditta pubblicò le cartoline.

In diritto: osserva, in linea preliminare, che, per valutare la responsabilità ascritta ad Oscar Huesch, non occorre che il Collegio esamini se in genere l'opera fotografica debba considerarsi vera opera d'arte, e per tanto tutelata dalla legge sui diritti di autore o semplicemente arte puramente meccanica o chimica, giacchè è ormai prevalentemente ritenuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina che i prodotti della fotografia, per lo spirito e per la lettera della legge speciale possono assorgere, come qualsiasi esplicazione dell'ingegno umano, ad opere di arte. Deve il Collegio soltanto soffermarsi a vedere se, pur essendo indiscuti-

bile la genialità e la originalità dell'idea del Mauri, la forma con la quale la esternò e le diede vita, la fotografia cioè del S. Carlo, possa noverarsi fra le opere artistiche.

Osserva che la genialità e la originalità di un'idea non implica che la forma in cui è investita sia opera artistica, perocchè la legge non ha inteso tutelare il monopolio delle idee, bensì la produzione dell'ingegno. Perchè possa qualificarsi artistica un'opera, è mestieri che si presenti e si riveli per la sua specifica perfezione, come frutto di lavoro intellettuale non comune, esplicato con mezzi che non sono alla portata di tutti e che indicano eccezionale competenza dell'autore nell'arte, da cui l'opera emana. Ora la fotografia del Mauri non racchiude tali estremi manifestandosi essa nè più nè meno che un lavoro di pazienza eseguito con mezzi accessibili a tutti i fotografi. Sull'esemplare esibito dal Mauri non si ravvisa la verità di quanto egli asserisce in querela, il difficile lavoro di miniatura, nel quale precisamente egli fa consistere la qualità artistica dell'opera.

Osserva, in conseguenza, che non può disconvenirsi dal parere espresso dai due periti indotti ed uditi a discarico dell'imputato. Il pittore Carlo Vetri avvisa che l'opera del Mauri costituisce lavoro di pazienza e di pura meccanica, aggiungendo di non comprendere in che consiste il lavoro di miniatura di cui parla il querelante. L'altro perito, il fotografo Lamarra, consentendo nell'avviso del Vetri, ha soggiunto che il lavoro di miniatura indicato dal Mauri è un processo non artistico, ma mero ritocco di fotografia.

Osserva, infine, che, mentre sarebbe frustranea l'indagine sul dolo versandosi su materia contravvenzionale, le proposte considerazioni esimono il Collegio dal valutare se le cartoline del Richter riproducano con tale precisione la fotografia del Mauri da ritenere che a costui s'intese fare e si fece sleale concorrenza, producendogli notevole pregiudizio.

Che non costituendo reato il fatto ascritto all'imputato, devesi, come per legge, dichiarare non trovare luogo a procedimento.

INDAGINE INTERPRETATIVA
DELLA
LIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ FERROVIARIA
per le perdite, le avarie o ritardi
delle merci trasportate con le tariffe speciali

Nei regolamenti che disciplinano il trasporto per ferrovia vien suggellata la tendenza dell'Amministrazione ferroviaria a veder limitata la propria responsabilità. Ciò appare specialmente nel regolamento del trasporto effettuato a tariffa speciale ed in cui

il favore di una limitazione di responsabilità corrisponde ad una diminuzione di tariffe.

Questa tendenza non è giusta, essa si spiega coll'incarico affidato a potenti società anonime, nell'odierno movimento sociale e commerciale, della locomozione delle persone e delle cose; mentre è già troppo che il monopolio ferroviario nuocia alla individuale iniziativa e sia contrario ai principî del libero commercio; in quanto deriva dalla divisione delle varie società, con la concorrenza, il buon servizio e la mitezza di tariffe, che in una nazione sono fattori di benessere.

I.

Il codice civile all'art. 1631 dispone:

« Essi (i vetturini) sono obbligati per la perdita e per i guasti o le avarie delle cose a loro affidate, se non provano che si sono perdute od hanno sofferto guasto od avaria per un caso fortuito o per forza maggiore ».

Il medesimo principio informa l'art. 400 del codice di commercio in tema di contratto di trasporto:

« Il vettore è responsabile della perdita o dell'avaria delle cose affidategli per il trasporto dal momento in cui le riceve sino a quello della riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o l'avaria è derivata da caso fortuito o da forza maggiore, da vizio delle cose stesse o dalla loro natura, da fatto del mittente o del destinatario ».

Ed è questa la norma generale che regola la responsabilità delle Ferrovie nel trasporto delle cose (1). La disposizione risponde ad un interesse eminentemente sociale ed è imprescindibile.

Dal caso fortuito o di forza maggiore (2) e dagli altri casi

---

(1) La regola rigorosa della responsabilità del vettore dell'art. 400 cod. comm. era già sancita anche in termini più ampi dall'art. 1784 cod. franc. e fu riprodotta all'art. 1631 cod. civ. ital., e nei vari codici di comm. Così all'art. 103 cod. comm. franc., articoli 78 e 82 cod. comm. ital. abrog. e 395 cod. comm. ted. Ora il nuovo codice di commercio tedesco del 10 maggio 1897 al § 429, corrispondente all'art. 395 del precedente, attenua la responsabilità del vettore esonerando quest'ultimo dal rispondere dei danni che con diligenza di ordinario vettore non si sono potuti evitare, se non che il codice stesso al § 456 mantiene per le Ferrovie la rigida responsabilità del vettore.

(2) Notiamo che le espressioni di forza maggiore e caso fortuito sono sinonime ed equivalenti nel loro significato tecnico-giurico.

Nel diritto romano la *vis major* era anche detta *vis divina quam Graeci θεοῦ βίαν appellant* o *vis naturalis* o *alia id genus quae humano consilio provideri non queunt, qui casibus fortuitis et vi divina adscribuntur*; cfr. BRISONNIUS, *De verbor. signif.* sulla *vis major*, lib. XIX, p. 622.

Così anche *dannum fatale, vis magna*, cfr. L. 2 § 1 D. 18, 6; *casus improrvisus*, L. 13, C. 4, 35 e *casus fortuitus*; cfr. per quest'ultima espressione, GAJUS, lib. II, *aureor.*, L. 1 § 4 D. 44, 7; *Comm.* GAJUS, lib. IX *ad edictum provinciale*, L. 18 pr. D. 13, 6; ULPIANUS, lib. XXXII *ad edictum*, L. 15 § 2 D. 19, 2; GAJUS, lib. X *ad edictum*. L. 25 § 6 D. 19, 2; ULPIANUS, lib. XXXI *ad edictum*, L. 52 § 3 D. 17, 2; L. 28, C. 4, 65.

Nel nostro dritto il criterio di distinzione tra « forza maggiore » e « caso fortuito » sfugge ad ogni esame per quanto accurato.

Gli articoli 1226 e 1631 cod. civ., 395, 400 e 403 cod. comm., accennano ad am-

determinati dal succitato art. 400 cod. comm. in fuori, ogni convenzione d'irresponsabilità a vantaggio dell'Amministrazione ferroviaria, che esercita per proprio conto e mediante proprio personale, il trasporto delle merci è quindi giuridicamente inefficace, per essere contraria alla morale ed all'ordine pubblico.

Addentellato della responsabilità delle Ferrovie è il vincolo di rappresentanza che esiste tra l'Amministrazione ferroviaria ed il suo impiegato, che opera in questa qualità e nell'esecuzione delle facoltà concessegli; in quanto avvenendo entro tali limiti una confusione giuridica tra la persona del rappresentato e quella del rappresentante, il fatto doloso o colposo del rappresentante obbliga il rappresentato, considerandosi come proprio di costui (1). Basta che il fatto sia imputabile al rappresentante perchè debba risponderne il rappresentato, senza che in favore di quest'ultimo sia ammessa alcuna prova che tenda a dimostrare che si usò la massima diligenza nella scelta del rappresentante, oppure che verso di lui si esercitò la massima vigilanza. Ed è un debito di giustizia la inscindibile responsabilità che da cotesta configurazione giuridica si origina. Senza la responsabilità delle grandi Compagnie finanziarie, come quelle che monopolizzano il trasporto per ferrovia, in molti casi, resterebbero senza risarcimento gravi violazioni del diritto altrui, personale o patrimoniale che sia, compiute per dolo o colpa degli agenti di esse Compagnie. E ciò, con offesa della civile libertà.

Se non che contro questi principî che si riannodano alla

---

bedue; per contro negli articoli 1845 e 1868 cod. civ. si menziona solamente la « forza maggiore » e l'art. 1621 cod. civ. suddistingue tra casi fortuiti ordinari e straordinari. Per la dottrina prevalente la forza maggiore deve considerarsi soggettivamente, cioè in rapporto alla possibilità ed all'obbligo di previsione del danneggiante.

Quando un uomo di comune diligenza è travolto in un evento che sebbene scientificamente spiegabile o da un altro uomo a lui superiore prevedibile e rimediabile, dalla sua media cultura non era conoscibile, si ha per lui la forza maggiore o caso fortuito. e la non responsabilità. Così ULPIANO definiva i « *damna fatalia* »: *quae imprudentibus accidunt,* lib. XXXI *ad edictum*, L. 52 § 3 D. 17, 2; in cui gli *imprudentes* non sono i non preveggenti, ma quelli che non hanno potuto prevedere l'evento con la loro normale diligenza.

La forza maggiore o il caso fortuito come istituto giuridico esonerante da ogni responsabilità non è l'evento oggettivamente fortuito, ma ciò che in rapporto al soggetto agente ed alla classe cui egli appartiene non era dalla sua comune previdenza rimediabile. Tutto ciò che non è colpa è forza maggiore o caso fortuito.

Cfr. per la recente giurisprudenza: Cass. Palermo, 21 febbraio 1893, *Circ. giur.*, 1893, 102; App. Torino, 20 marzo 1893, *Giur. ital.*, 1893, 1, 2, 289; Cass. Roma, 4 febfraio 1895, *Corte Sup.*, 1895, 1, 17; Cass. Torino, 27 novembre 1895, *Giur. tor.*, 1895, 815.

Così conclude lo SCHNEIDER in rapporto alla responsabilità dell'imprenditore di trasporti: « l'imprenditore è responsabile dei danni derivati da perdita o avaria alle merci trasportate purchè non dimostri che la perdita o l'avaria sia dovuta a circostanze che sfuggono alla diligenza di un ordinario vettore; deve però prevalere la massima: *in dubio contra recipientem* ». Cfr. *Ueber vis major und Gaftungsprinzip*, in *Zeitschrift f. das Gesammte Handelsrecht*, 1895-96. p. 75, 341.

(1) Il COGLIOLO, *Resp. ferr.*, Barbèra, 1892, sostiene che le ferrovie sieno tenute anche pei fatti degli agenti all'infuori delle mansioni loro affidate. Perchè i ferrovieri sono gli organi della funzione ferroviaria e ne costituiscono la rappresentanza trattandosi di un ente autonomo che agisce per mezzo de' suoi impiegati e non di padrone che delega ad un istitore il suo compito. Il ricorrere alle figure tradizionali dell'azione istitoria e della colpa nell'elezione, come spesso si fa, non è possibile nelle imprese moderne a tipo anonimo.

norma di legge si obbietta che le Ferrovie giornalmente si giovino d'una clausola limitativa di responsabilità per le perdite, le avarie o il ritardo delle merci trasportate sotto l'impero delle tariffe speciali.

Ed allora, di fronte a tale obbiezione, sorge l'indagine: se la limitazione di responsabilità per le ferrovie, come corrispettivo della diminuzione del prezzo di trasporto delle merci offerte con le tariffe speciali sia valida; od altrimenti se le tariffe speciali ferroviarie abbiano forza di poter derogare alla regola generale di responsabilità.

II.

L'art. 416 cod. comm. dà facoltà alle Compagnie ferroviarie di limitare la loro responsabilità derivante dal contratto di trasporto, purchè alla limitata responsabilità corrisponda un prezzo diminuito di trasporto in confronto delle tariffe ordinarie, offerto con le tariffe speciali.

In base a questa disposizione si originano le tariffe speciali ferroviarie, che sono all'alleg. *E* delle convenzioni ferroviarie, approvate con la legge del 27 aprile 1885; e che fanno allo speditore condizioni di prezzo inferiore a quelle delle tariffe generali, ed in cambio agli articoli 5 e 7 modificano rispettivamente gli articoli 405, 403 cod. comm. (che sono gli articoli 140, 139 delle tariffe generali, alleg. *D*, delle Convenzioni ferroviarie) riflettenti la responsabilità del vettore, in quanto di fronte alle perdite, le avarie o il ritardo nel trasporto delle cose limitano la valutazione dell'entità del danno arrecato.

Or le tariffe contenute agli allegati delle Convenzioni ferroviarie ed approvate con la legge del 27 aprile 1885 sono leggi esse medesime (1). Perciò è indubbia la loro prevalenza di fronte

---

(1) Razionalmente ben ammettesi la distinzione dei contratti che lo Stato compie nella sua duplice personalità politica e civile in due serie, con effetti differenti, e cioè in contrattazioni concluse dallo Stato nel suo interesse patrimoniale, che obbligano solo i contraenti ed in convenzioni concluse dallo Stato nell'interesse generale, le quali contengono norme imperative ed obbligatorie per tutti, e costituiscono una propria e vera legge.

In dritto positivo le Convenzioni ferroviarie per l'esercizio della rete Mediterranea, Adriatica e Sicula, furono approvate con la legge del 27 aprile 1885. Con questa furono approvate le tariffe e le condizioni di trasporto in seguito a larghissima discussione su tutti gli articoli del contratto di trasporto.

Niun dubbio che le tariffe e le condizioni di trasporto approvate dalla succennata legge siano legge; tanto più che ciò risulta dalla legge del 15 dicembre 1892 sulla Convenzione di Berna, il cui art. 3 autorizza il Governo a conformare con decreto reale alle disposizioni sancite dalla Convenzione internazionale, le condizioni e norme vigenti pel trasporto delle merci per ferrovia nell'interno del regno.

Or le condizioni e le norme da coordinarsi alla Convenzione di Berna sono appunto quelle approvate con la legge del 27 aprile 1885, ed esse sono legge, perchè il coordinamento, ad effetto di avere un'unica legge, non può riferirsi che all'esistenza di due leggi.

Cfr. VIDARI in nota, v. *Legge*, 1894, 2, 79; PUGLIESE, *Ann. crit.*, 1893, 11, 141; MARCHESINI, *Man. del contr. di trasp.* v. 2, nn. 56-58 e *Foro ital.*, 1899, 1, 1319; BRUSCHETTINI, *Arch. giurid.*, 1899, 154: Cass. Torino, 26 agosto 1890, *Legge*, 1890, 2, 659: Cass. Roma, 4 settembre 1894, *Ann.*, 1894, 1, 279; Cass. Roma, 12 febbraio 1895,

alla legge generale, ovvero il codice di commercio, sia perchè legge *speciale* e *in toto jure generi per speciem derogatur*, sia perchè legge *posteriore*, e la legge posteriore deroga all'anteriore.

Il trasporto per ferrovia non si esplica nelle stesse condizioni economiche, nelle quali si esplica il trasporto regolato dal codice di commercio: ed a condizioni di fatto diverse devono corrispondere anche norme giuridiche diverse.

Il contratto di trasporto contemplato dal codice di commercio non esce fuori dalla categoria delle convenzioni stabilite dalla libera volontà delle parti. Il contratto di trasporto per ferrovia, invece, è sottratto dalla libera concorrenza e dall'arbitrio dei contraenti.

Di qui un ordinamento giuridico speciale, che mentre da una parte infrena e regola il monopolio dei trasporti per ferrovia per assicurare l'uguaglianza di trattamento per tutti, dall'altra poi tende a vincolare l'interesse individuale rispetto agli interessi collettivi.

La diversa concezione del contratto di trasporto ferroviario non prescinde, però, dalle norme del codice di commercio; nel *modulo* del contratto, il cui contenuto prestabilito non può essere voluto dalle parti, nè variato, quelle norme sono sostanzialmente comprese, sol che ad esse sono aggiunte quelle disposizioni e introdotte quelle modificazioni richieste pel raggiungimento degli scopi suddetti.

Quindi è che i citati articoli 5 e 7 delle tariffe speciali ferroviarie, come disposizioni che si riannodano ad un tutto organico di *ius singolare* inteso alla regolarizzazione di codesto nuovo istituto giuridico, che è il contratto di trasporto per ferrovia; sieno efficaci.

Ma la questione sorge circa i confini nei quali va ristretta l'efficacia giuridica di esse disposizioni, ciò che in altri termini si riassume in una indagine di interpretazione delle disposizioni stesse.

Ed invero i mentovati articoli per la loro natura derogativa si interpretano restrittivamente, altrimenti ne sarebbe intaccata la sostanza del contratto di trasporto (art. 4 disp. prel.).

Elemento essenziale del contratto di trasporto di cose è che le medesime giungano a destinazione in buono stato e nel termine stabilito.

Legge, 1895, 1, 327; Cass. Firenze, 18 luglio 1898, *Foro ital.*, 1898, 1, 1272; Cass. Roma, 28 ottobre 1899, *Foro ital.*, 1899, 1, 1319.

Questa dottrina del carattere legislativo delle tariffe ferroviarie è dominante pure in Francia e nel Belgio; cfr. BOISTEL, *Cours de droit comm.*, 4.ª ediz., Paris, n. 545; LANCKMAN, *Trait. des transp. par chem. de fer*, Bruxelles, n. 48 e seg. In Germania seguono questa teoria l'ENDEMANN, *Das Recht der Eisenbahnen*, Lipsia, § 110; l'EGER, *Das Deutsche Franchrecht*, Berlin, v. III, p. 117 e seg.; ma è predominante l'altra teoria, che cioè le tariffe nei rapporti tra le Ferrovie ed i privati sieno da considerarsi solo come legge contrattuale; cfr. SCHOTT. *Das Transportgeschäft* nell'*Handbuch* di ENDEMANN, v. III, p. 463. Ora però, in seguito alla riforma del cod. di comm. tedesco del 10 maggio 1897, anche in Germania la prima teoria accenna a prevalere. Cfr. STAUB, *Supplement z. Kommentar*, Berlin 1897, p. 186.

La perdita o l'avaria delle cose trasportate o il ritardo nella consegna di esse origina a carico delle Compagnie ferroviarie la presunzione di colpa in virtù dell'art. 400 cod. comm. a meno che da parte delle Compagnie medesime non si provi che il ritardo o la perdita sia derivata da caso fortuito o forza maggiore, da fatto del mittente o del destinatario e l'avaria da ciascuno di questi casi e da vizio delle cose o dalla loro natura.

Ne deriva che la clausola di limitazione di responsabilità sancita dai detti articoli 5 e 7 e risultante dall'applicazione delle tariffe speciali non si possa intendere nel senso di liberare le Ferrovie dal rispondere delle colpe proprie e di quelle dei loro agenti, ma restrittivamente, nel senso cioè di liberare le Ferrovie dalla presunzione di colpa dell'art. 400 cod. comm. e di porre la prova di questa a carico del mittente. Questa interpretazione si armonizza al disposto dell'art. 400 cod. comm. e si coordina al nostro sistema legislativo (1).

III.

Nel nostro sistema legislativo non si può ammettere la sanzione di esonerazione della responsabilità per colpa diretta o fatto volontario ed illecito delle Compagnie ferroviare, e la immoralità conseguente di poter le medesime di fronte ad un nolo ridotto non consegnare o danneggiare volontariamente e liberamente le merci conoscendo poi in precedenza la somma d'indennizzo tanto pel ritardo, quanto per la perdita o l'avaria.

Dall'altra parte l'esonerazione della responsabilità indiretta, quella cioè che deriva dai fatti dei dipendenti dell'Amministra-

---

(1) Sull'argomento varie sono le dottrine:

Una prima insegna che nei trasporti effettuati sotto l'impero delle tariffe speciali verificandosi il danno sia applicabile in ogni caso la limitazione di responsabilità stabilita dalle clausole di trasporto annesse alla convenzione, cioè dagli articoli 5-7 delle tariffe speciali:

Cfr. Cass. Torino 20 marzo 1889, *Giurisp. ital.*, v. 41, I, 40; App. Lucca, 16 luglio 1889, *Annali*, XXVII, III, 361.

Ma questa teoria fu combattuta sia in base alle fonti, cfr. L. 1, § 7 D. XVI; L. 27, § 3 e 4 D. 2, 14; L. 29 pr. D. XVII, 1; L. 23 Dig.; sia in base all'art. 12 disp. pr. cod. civ.; all'art. 405 cod. comm. espressamente richiamante gli articoli 1227 e 1229 nei casi di dolo o negligenza manifesta; ed allo spirito ed alla lettera dell'art. 416 cod. comm.

Cfr. NANI, *Studi di diritto ferroviario* (*Arch. giur.*, v. XVI, 505); MARCHESINI, *Foro ital.*, 1891, 121; CALAMANDREI, *Diritto comm.*, v. II; LANCKMAN, *Trait. des transp. par chem. de fer*, n. 49; FÉRAND-GIRAUD, *Code de transp.* 1889, n. 785 e seg.

E così si affermò l'altra dottrina, che cioè la regola degli articoli 5 e 7 portante diminuzione di risarcimento debba cessare quando la perdita, l'avaria o il ritardo della merce dipendono da dolo o colpa lata.

Oltre i citati autori cfr.: Cass. Napoli, 8 aprile 1888, *Gazz. Proc.*, XXII, 431; App. Torino, 2 novembre 1888, *Giur. Tor.*, XXVI, 26; Cass. Firenze, 5 luglio 1890, *Annali*, XXIV, 1, 442; Cass. Torino, 15 ottobre 1890, *Giur. Tor.*, XXVII, 713.

Infine una terza teoria, ed è: che le Ferrovie per gli articoli 5 e 7 delle tariffe speciali ottengono lo scopo di liberarsi dalla responsabilità alla quale sarebbero state soggette per l'art. 400 per i danni prodotti alle merci trasportate da inconvenienti indipendenti dalla loro diretta volontà e ascrivibili alle omissioni di diligenza. Cfr. TERRIZZANI, *Ann. crit.*. 1895, II, 14; Cass. Torino, 1894, *Ann. crit.*. 1894, II, 174; App. Napoli, 1.° maggio 1893, *eod. loc.*, 1893, II, 141; contra PUGLIESE, *eod. loc.*, 1893, II, 141.

zione ferroviaria contrasta con la figura giuridica della rappresentanza che si riannoda alla qualità di vettore e che origina necessariamente la responsabilità del vettore pei fatti dei suoi agenti.

Il contratto di trasporto, poi, partecipa della natura di quei contratti dai quali ebbe origine, partecipa quindi del contratto di deposito, cui il nostro legislatore civile, trattando dei vetturini per terra e per acqua espressamente rimanda (art. 1629); or di quest'ultimo contratto è imprescindibile la responsabilità indiretta.

L'Amministrazione ferroviaria non può lasciare al danneggiato la sola azione di risarcimento contro il ferroviere autore del fatto colposo, perchè questa nella massima parte dei casi non sarebbe una garentia seria. Presupporre nella intenzione legislativa un esonero di tale natura, ed in ispecie a vantaggio delle Ferrovie che effettuano il trasporto unicamente per mezzo di agenti, è quindi impossibile; come del pari è inammissibile la sanzione di una immoralità simile.

IV.

La locuzione degli articoli citati 5 e 7, per la quale viene espressa la limitazione di responsabilità, usa gli incisi rispettivi « in ogni caso » e « per qualunque caso ». Or è mestieri chiarire la significazione di codesti incisi, se cioè per essi sia ostacolata la nostra teoria.

Ed invero le espressioni « in ogni caso » e « per qualunque caso » non hanno riferenza subiettiva, cioè l'imputabilità del fatto dannoso, ma si riferiscono alle varie circostanze di fatto, in cui il danno si verifica.

Le circostanze, i casi che si accompagnano al danno possono essere così vari che pure di fronte a casi identici spesso non si riscontrano identiche quantità di danno.

Il ritardo nella consegna delle merci, la perdita e l'avaria delle stesse possono essere origine per l'un danneggiato di fallimento, per l'altro di perdita di clientela e così via; ed il legislatore alludendo a codeste circostanze di fatto svariatissime, in mezzo alle quali può capitare il danno, anzi prescindendo dalle medesime, ha inteso, per le surriferite espressioni, appunto stabilire una uguaglianza di risarcimento per tutte.

V.

In riassunto la nostra teoria. In presenza della perdita o della avaria della merce trasportata o del ritardo nella riconsegna, a favore delle Società ferroviarie, e quando queste non provano che il danno sia ascrivibile al caso fortuito o forza maggiore, od alle altre cause di esonerazione di responsabilità e di risarcimento tassativamente dall'art. 400 cod. comm. enumerate, il *jus singolare* comprensivo degli articoli 5 e 7 delle tariffe speciali deroga

alla presunzione di colpa che risulta dalla legge generale contro il vettore, ed al danneggiato non è dovuto che il limitato risarcimento.

Ma tuttavia se il danneggiato, mittente o destinatario, prova la colpa diretta delle Società ferroviarie o quella dei suoi agenti, la responsabilità si reintegra e gli è dovuto il pieno risarcimento, in quanto ripiglia il suo impero il diritto comune (1).

Il che si riassume, infine, nella inversione della prova della colpa causante il danno, poichè, per effetto del *jus singolare* derogativo della presunzione di colpa a carico delle Ferrovie, non più queste provano come dovrebbero pel principio di gius contrattuale sancito dall'art. 1225 cod. civ. e ripetuto dall'art. 400 cod. comm., cioè di non aver colpa nella verificazione dell'avvenimento dannoso, perdite, avaria o ritardo di consegna delle merci che sia, ed esser l'avvenimento stesso dovuto a caso fortuito o a forza maggiore od alle altre cause determinate dal suddetto art. 400 cod. comm.; ma è il danneggiato che deve provare la colpa delle Compagnie ferroviarie.

L. DE MEIS.

CONSIDERAZIONI

SULLA LEGGE DEGL'INFORTUNI SUL LAVORO

Prima della legge 17 marzo 1898 degli infortuni sul lavoro, le conseguenze di ogni infortunio erano regolate dalle norme generali di responsabilità contenute negli articoli 1151 e seguenti del codice civile. L'imprenditore od il proprietario dell'officina rispondeva sia del fatto proprio, sia del fatto dei dipendenti, ed il lavoratore, colpito dagli effetti della negligenza od imprudenza altrui, aveva innanzi a sè l'azione giudiziaria comune: provare, cioè, la colpa altrui, e chiedere al magistrato il risarcimento che

---

(1) In Francia le disposizioni dei *cahiers de charges* e le tariffe ordinarie e speciali delle ferrovie omologate non hanno l'effetto di liberare le Compagnie d'ogni responsabilità per le colpe commesse da esse e dai loro agenti, ma solo hanno per risultato, contrariamente alla regola ordinaria, di metterne la prova a carico dello speditore.

Cfr. DUVERDY, *Traite du cont. da transp.*, c. VII, IX; SARRUT, *Législ. et jurisp. sur le transp. des merch. par chem. de fer*, n. 64 e seg.; DALLOZ, *Code de comm.*, art. 98, n. 153; AUBRY e RAU, t. IV, p. 521, art. 98, § 176 e seg.; Cass. 5 mars 1860, *Dalloz*, 1860, 2, 176; 27 janv. 1874, *Dalloz*, 1876, 1, 133; 4 féb. 1874, *Dalloz*, 1874, 1, 305; 22 avr. 1874, *Dalloz*, 1875, 5, 58; 14 déc. 1875, *Dalloz*, 1876, 1, 133; 3 janv. 1883, *Dalloz*, 1884, 5, 89; 30 déc. 1884, *Dalloz*, 1885, 1, 128; 29 déc. 1890, *Dalloz* 1891, 1, 350.

fosse commisurato al danno patito. Su tale materia il dritto comune offriva gli svantaggi da tutti notati e lamentati; la difficoltà nel colpito di fornire la prova della colpa altrui, la quasi impossibilità di sostenere una lite contro il padrone.

Sull'esempio di legislazioni straniere, anche in Italia si volle e si approvò una legge speciale degl'infortuni sul lavoro. E dopo molte discussioni tra gli scrittori e nel Parlamento, venne fuori la legge 17 marzo 1898.

Questa legge era inspirata ai seguenti concetti: assicurazione obbligatoria a carico del padrone in favore dell'operaio industriale; indennizzo sempre dovuto alla società assicuratrice in caso di infortunio. Ed una tabella del regolamento fissò la indennità per ogni singolo caso.

Infine questa legge permise espressamente che l'assicurazione potesse farsi presso private società di assicurazioni.

Ma se all'operaio colpito da infortunio fu in tal modo accordata una indennità certa e prestabilita, più difficile si rese per lui l'esperimento dell'azione di dritto comune contro l'imprenditore colpevole o negligente. Infatti nell'art. 22 fu stabilito che l'interessato potesse, oltre l'indennità percepita sempre ed in ogni caso dalla società assicuratrice, chiedere maggiori danni contro l'imprenditore colpevole, in virtù dell'art. 1151 e seg. del codice civile, quando però avesse provocata ed ottenuta una sentenza penale acclarante la responsabilità del padrone o dei suoi dipendenti.

In tal modo quell'azione, che, per l'art. 1151, il colpito aveva senz'altro ed incondizionatamente prima della legge 17 marzo 1898, venne condizionata alla esistenza di una condanna penale a carico del padrone o suoi indipendenti, con quanto danno del colpito non v'ha chi possa negare. Se infatti un operaio, oggi, perde la mano destra o le cinque dita di essa, od una coscia, la sua indennità sarà uguale a cinque volte il salario annuo ridotto al 70 %: se, quindi, l'operaio percepiva un salario di tre lire giornaliere, questo si considererà ridotto a lire due e poco più, e quindi per la perdita della mano destra o di tutte le cinque dita, o di una coscia l'operaio intascherà una indennità di cinque annate di salario a lire due al giorno, cioè di lire tremila circa. E per chi conosce quali enorme difficoltà bisogna sormontare e come sia estremamente difficile il provare nell'imprenditore quel grado di colpa che conduca alla condanna penale di lui, si avrà che nella massima parte dei casi l'operaio colpito non potrà mai ottenere condanna penale dell'imprenditore, e quindi giammai rivolgersi contro di lui per i maggiori danni. Ed un uomo privato della mano destra o di una coscia, cioè reso del tutto inabile, o quasi, a guadagnarsi un pane, dovrà accontentarsi di tremila lire, poco più di una dolorosa ironia.

Questo grave inconveniente fu già notato da giuristi italiani non appena la legge entrò in vigore. Oggi, però, ben più gravi inconvenienti si sono mostrati nella pratica, perchè, in fondo, questa legge spinge le società assicuratrici e gl'imprenditori ad una coalizione contro l'operaio colpito da infortunio.

Il fenomeno è mostruoso, ma è un fatto ineluttabile ed una logica conseguenza dell'antagonismo degl'interessi. Su di esso noi vogliamo quindi converga l'attenzione dei giuristi e degli economisti italiani.

***

Nell'art. 23 la legge 17 marzo 1898 stabilisce la seguente norma:

« Gl'istituti assicuratori, i sindacati e le casse speciali debbono pagare le indennità anche nei casi previsti dal precedente articolo (quando, cioè, l'infortunio avvenga per colpa dell'imprenditore o suoi dipendenti), salvo il dritto di regresso che loro competerà delle somme pagate a titolo d'indennità e delle spese accessorie contro le persone civilmente responsabili, ecc. ».

La legge, adunque, dando all'istituto assicuratore il dritto di chiedere il rimborso dell'indennità (già pagata all'operaio), contro l'imprenditore, qualora l'infortunio sia stato causato non da caso fortuito o forza maggiore, ma da colpa del padrone, mirava ad un fine evidente: quello di creare una solidarietà tra operaio colpito e società assicuratrice, l'uno avendo interesse a raccogliere tutti i dati di colpa del padrone per chiedere l'indennizzo maggiore di cui all'art. 22 della legge; l'altra avendo lo stesso interesse per un fine diverso: quello, cioè, di poter mettere in moto l'azione di regresso contro l'imprenditore o padrone. Insomma, secondo la mente del legislatore, ambedue dovevano concorrere solidalmente all'accertamento dei fatti e delle responsabilità. Veniva, in tal guisa, l'operaio ad essere tacitamente aiutato dalla società assicuratrice, e se il povero colpito non aveva, nel momento della disgrazia, opportunità e mezzi per accertare lo stato dei luoghi, fermare deposizioni testimoniali, precostituirsi la prova della colpa del padrone, la società assicuratrice, potente per i mezzi suoi, interveniva fulmineamente, e, pur agendo nel proprio interesse, prestava, in fondo, un grande aiuto all'operaio giacente all'ospedale o nella cella mortuaria, accertando, cioè, con tutt'i mezzi di legge, le eventuali responsabilità.

***

Orbene, l'intento nobilissimo del legislatore è stato completamente reso vano dalle leggi fatali del mercato e dalle conseguenze ferree della libera, incontrollata ed irrefrenata concorrenza.

Le singole società assicuratrici, in concorrenza tra loro, pur di poter stringere il maggior numero di affari, hanno cercato di offrire sempre maggiori vantaggi all'imprenditore. Esse hanno incominciato con rinunziare preventivamente all'azione di regresso, ed oggi la cosa è così generale, da non esservi polizza di assicurazione che non porti la espressa rinunzia sopra detta.

Di tale fatto ognuno vede le conseguenze.

Innanzi tutto, il padrone, non più temendo una possibile azione

di regresso da parte della società assicuratrice, non ha più un grande interesse ad usare custodia, diligenza o sorveglianza nella officina.

Egli sa che, in ogni caso, sarà sempre la società a pagare, e quindi non sente più la necessità di usare le debite cautele nell'esercizio della sua industria.

D'altra parte, la società assicuratrice, che, secondo la legge, dovrebbe agire in accordo con l'operaio colpito per colpire l'imprenditore in fallo e così chiedere il rimborso della pagata indennità, oggi non ha più alcuno interesse di accertare la colpa di quello. Invece, avendo sempre l'interesse di non pagare, dovrà necessariamente, fatalmente volgere la propria opera contro l'operaio colpito, e far di tutto per trovarlo in fallo, allo scopo di non pagare la indennità.

In tal modo, quella solidarietà che il legislatore volle creare fra società assicuratrici ed operaio colpito contro l'imprenditore, si converte in lega della società e del padrone contro l'operaio.

***

Ma ciò sarebbe nulla: v'è ben altro.

V'è che la società, oggi, ha tutto l'interesse di impedire che il padrone sia dichiarato responsabile penalmente, e di chiudere all'operaio colpito l'esperimento dell'azione data dall'art. 1151 del codice nei casi e nelle condizioni dell'art. 22 della legge.

Ed ecco come tale mostruosità sia sorta.

Poichè ogni speculazione assicuratrice tende necessariamente a creare sempre nuovi e più estesi rapporti di assicurazione, è venuta fuori l'assicurazione contro gli effetti dell'art. 22 della legge degli infortuni. La società assicura il padrone contro la eventualità di una sua condanna penale e conseguente condanna civile al risarcimento di maggiori danni, giusta l'art. 1151 codice civile e 22 della legge. Quest'assicurazione si chiama, in gergo, *appendice*. Quindi, se, nello stranissimo caso dell'art. 22, l'operaio potesse ottenere sentenza penale contro il padrone, costui non pagherebbe nulla, avendo alle sue spalle la società assicuratrice.

Da ciò scaturisce una dolorosa conseguenza: la coalizione, cioè, tra società assicuratrice ed imprenditore a che spariscano tutti i fatti, dati ed elementi che potessero in seguito condurre il padrone innanzi al magistrato penale. Se il padrone fosse condannato a maggiori danni, sempre la società sarebbe obbligata a pagare: ognuno comprende, quindi, quale interesse debba la detta società avere contro l'operaio colpito.

Questa criminosa semplicità si esplica ogni giorno, nei numerosi casi di infortunio e desta dolorosa sorpresa.

Ecco in qual modo un fine buono possa essere completamente frustrato dalle ferree conseguenze della libera concorrenza e della coalizione degli interessi.

Napoli, aprile 1901.

Prof. ARNALDO LUCCI.

RECENSIONI.

Dott. FRANCESCO FERRARA. — *Della simulazione nei negozii giuridici.* Studio. — Società Editrice Libraria, Milano 1901.

Se passate in rassegna i poderosi e numerosi volumi degli atti giudiziarii, specie quelli delle preture e dei tribunali delle grandi città, trovate che le cause di simulazione e di frode costituiscono la più grande parte del contenzioso.

Questo fatto prova che il sentimento di probità è assai in ribasso, che esso è offuscato ora dalla miseria, ora dallo spirito litigioso, più spesso da quest'ultimo, ma prova eziandio che l'importanza del tema della simulazione e della frode si mantiene costantemente, anzi cresce, tanto nell'ordine scientifico, quanto nel pratico, per modo che è sempre vivo il bisogno di studiarlo, di approfondirlo, affinchè l'occhio del giudice si faccia più vigile, più acuto nel discoprire le male arti dei simulatori e dei frodatori. Sotto questo aspetto, l'interesse dottrinale e tecnico della materia rivela un male profondo, una piaga dolorosa della nostra società, ma sotto un altro aspetto rivela invece un bene, che si trova in ragione diretta dello sviluppo della civiltà e più propriamente di quel sentimento della *socialità* che nel campo giuridico, e particolarmente nel campo dei contratti, si concreta nella crescente protezione del *diritto dei terzi*: la quale protezione altro non è in sostanza che la difesa sociale applicata ai rapporti di diritto privato, nell'interesse dell'attività e del benessere economico dei cittadini.

Questo valore giuridico e sociologico degli studii sulla simulazione e sulla frode dà ragione anche del non essere essi mai esauriti, dell'essere invece sempre vivi e freschi, sempre opportuni e graditi. Vi sono sempre aspetti nuovi del problema; la malizia dei litiganti pur troppo si incarica di fornire un materiale ognora nuovo alla dottrina e alla giurisprudenza.

Per tutto questo un altro studio sulla simulazione nei negozii giuridici deve esseré necessariamente il ben venuto; e tanto più quando esso vi si presenta nella veste splendida e nella sostanza squisita del recentissimo volume del chiarissimo dott. Francesco Ferrara, tanto più quando esso è sorretto da un'alta coscienza di scrittore:

« La simulazione, scrive l'A., è una delle frodi più sottili e che sfuggono sovente alle ricerche di chi tenta scoprirla, quindi è più temibile — e contro di essa deve rivolgersi concorde l'attività degli scrittori e la coscienza dei magistrati, per ottenerne la repressione. Non è possibile lusingarsi che dessa sia in ogni caso sbugiardata e colpita: ma ad ogni modo indicando le sue andature ordinarie, disegnandone i tratti caratteristici, si agevola il campo della ricerca e si rende più facile il coglierla nei vari casi, in cui si presenta ».

Ed infatti è copioso il numero dei casi, che l'A. accenna ed illustra colla scorta della giurisprudenza, tanto per la simulazione assoluta quanto per la relativa.

Per la qual cosa, in quanto alla prima forma di simulazione, egli muove da una triplice classificazione o raggruppamento dei modi pei quali essa si compie. *Simulazione tendente ad una diminuzione del patrimonio; simulazione tendente ad un accrescimento delle passività; simulazione tendente a far apparire avverata una condizione.* Uguale classificazione l'A. adotta per la simulazione relativa, distinguendo le forme di simulazione fraudolenta nella *natura del contratto*, di simulazione nella *sostanza* del contratto, di simulazione nella *persona* dei contraenti.

A proposito di quest'ultima l'A. fa una larga ed acuta trattazione della teoria delle *persone interposte* o del *prestanome.* Altra parte, esposta con grande chiarezza, dottrina e praticità è quella relativa alla prova della simulazione fra contraenti, e rispetto ai terzi.

Il primo tema offre all'A. occasione per svolgere la materia delle *controdichiarazioni*, delle quali fissa esattamente il concetto e i caratteri. Trattando

successivamente degli effetti della simulazione, l'A. considera diffusamente le limitazioni dei medesimi per proteggere i terzi di buona fede.

Ultima materia dello studio in esame è quella relativa all'azione di simulazione, dove l'A. si occupa di ben qualificare i *terzi* che possono agire in simulazione, di ben delineare la differenza fra l'azione di simulazione e la revocatoria o pauliana, che nella pratica spesso si confondono.

L'A., laddove svolge i principii e i casi della simulazione relativa, fa una breve ma opportuna e succosa digressione sull'usura.

Premette di essere favorevole alla libertà dell'interesse negli affari commerciali e fra commercianti, ma reputa anche doveroso per lo Stato d'intervenire e fissare un limite massimo d'interesse per le contrattazioni ordinarie. Non si lusinga troppo sugli effetti di una legge repressiva dell'usura, ma confida che una legge simile possa limitarla e raffrenarla.

Inutile dire che lo studio del dott. Ferrara è condotto con rigore scientifico, e per questo cresce anche il suo valore pratico, perchè la pratica ha tutto da guadagnare dai principii esposti sistematicamente.

CAMILLO CAVAGNARI.

TABANELLI N. — *Il codice del teatro.* — Milano, Hoepli, 1901. L. 3.

L'A. si è proposto di procurare agli artisti, agli impresari e a quanti hanno interesse nella gestione teatrale la soluzione giuridica dei molteplici casi che loro occorrono. Il libro non si indirizza quindi particolarmente allo studioso del diritto e non ha, perciò, pretese scientifiche. Il manualetto è razionalmente diviso in due parti. La prima tratta dei rapporti fra gli attori e le imprese teatrali e discorre della formazione delle scritture, della loro esecuzione, dei modi in cui i contratti hanno termine, delle clausole penali, della giurisdizione e della competenza, con qualche cenno di diritto internazionale, delle agenzie teatrali, e, da ultimo, dei rapporti fra gli attori e il pubblico. La seconda parte che ha, a nostro avviso, maggior pregio di originalità, esamina i rapporti fra gli spettatori e le imprese, cioè i diritti e gli obblighi che risultano dai biglietti d'ingresso, dai biglietti che autorizzano l'occupazione di un posto specialmente indicato, dai biglietti di favore, dai cosidetti ingressi liberi. Due ultimi capitoli concernono il deposito di oggetti presso il guardaroba del teatro, al quale l'A. attribuisce le caratteristiche del deposito necessario; nonchè gli obblighi derivanti agli spettatori per effetto dei regolamenti teatrali. Chiude il libro un dettagliato indice analitico-alfabetico assai comodo per una rapida consultazione.

v.

Libri pervenuti in dono.

JONA G. — *Delle istituzioni in erede di corpi morali non ancora riconosciuti dallo Stato alla morte del testatore.* Note di storia, giurisprudenza, dottrina. — Bergamo, Cattaneo, 1901. L. 2.

BO F. — *Del procedimento in camera di consiglio secondo il libro III del codice di procedura civile italiano.* — Milano, Soc. Editr. Libraria, 1901.

MAZZOCCOLO E. — *La nuova legge comunale e provinciale* (Quinta edizione interamente rifatta). — Milano, Hoepli, 1901. L. 7.50.

TABANELLI N. — *Il codice del teatro.* — Milano, Hoepli, 1901. L. 3.

CUZZERI E. — *Il codice italiano di procedura civile illustrato* (Seconda edizione), vol. VIII, art. 659-707. — Verona, Tedeschi, 1901.

— *Annuario della procedura civile* (Suppl. alla seconda edizione), volume XVI, 1898. Dispensa 1.ª contenente le voci *Accesso giudiziale, Cassazione.* — Verona, Tedeschi, 1901.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

TORINO, 8 giugno 1901 — *Pres.* Mussita — *Est.* De Giulj — *P. M.* Gargiulo = Scheuber c. Pandiani

Il giurante può aggiungere alla formola circostanze che valgano a giustificare o a spiegare la natura o le conseguenze del fatto purchè siano al medesimo connesse (1).

La Pandiani Catterina con citazione del 6 ottobre 1898 conveniva la ricorrente Scheuber avanti il pretore di Recco per avere da questa il pagamento di L. 870 che asseriva dovutele per mantenimento e alloggio alla Scheuber somministrato, non che per corrispondenza tenuta a pro di questa, e per esserle per di lei incarico resa intermediaria per l'affitto di una palazzina ad uso albergo in Nervi, e per la compera della relativa mobiglia.

La Scheuber non negò, costitnitasi in giudizio, che la Pandiani avesse fatto qualche cosa per lei, ma escluse si trattasse di rapporti di locazione d'opera o di mediazione, e sostenne trattarsi di prestazioni amichevoli e spontanee, non richieste, e per le quali la Scheuber corrispondeva con altre prestazioni in regali.

In tali sensi rispose la Scheuber quando fu interrogata il 18 nov. 1898.

Fu esperita prova testimoniale, e da questa sarebbe risultato che la Pandiani si occupò assiduamente per conchiudere con certo sig. Trucco i contratti di vendita e di locazione di cui sopra si disse.

Di fronte a tali risultanze, ritenne il pretore e confermò il tribunale, con sua pronuncia del 13 dic. 1899, che qualche prova scaturiva del buon diritto nella Pandiani a richiedere compenso, e fu alla stessa deferito giuramento suppletorio, perchè affermasse, sotto tal vincolo, che essa era realmente in credito di tutte le singole somme costituenti il complessivo ammontare di quella richiesta in L. 870.

La Pandiani giurò, e il pretore con sentenza 19 febb. 1900, accolse la domanda della stessa.

Si interpose appello per parte della Scheuber contro questa pronuncia, e chiese:

1.° Concedersi inibitoria contro la denunciata sentenza;

2.° Ammettersi i capi di giuramento *decisorio* articolati nella citazione d'appello, diretti ad escludere che le prestazioni della Pandiani potessero darle diritto a speciali compensi rimunerativi, e a provare l'inutilità delle vantate prestazioni stesse.

Il tribunale con sentenza 6 giugno 1900 giudicò:

In riparazione della sentenza 19 febb. 1900 del pretore di Recco, sospeso il giudizio sul merito e sulle spese, ammette come decisorio in lite il giuramento deferito dalla convenuta Scheuber all'attrice Pandiani, ecc.

Questa sentenza passava in giudicato, e il 27 luglio 1900 la Pandiani giurava.

Riassumeva la causa la Pandiani stessa avanti il tribunale.

La Scheuber conchiudeva:

Piaccia al tribunale, reietta ogni eccezione, e istanze avversarie, pronunciando *ex-integro*, assolvere la conchiudente dalle pretese avversarie.

La Pandiani a sua volta instava a che: in conferma della sentenza del pretore 19 febbraio 1900 fosse la Scheuber condannata al pagamento delle L. 870 chieste col libello introduttivo del giudizio.

L'indagine fu così per opera delle parti medesime ridotta all'*an iuratum sit*.

E la Scheuber sostenne che la Pandiani aveva variata la formula del giuramento senza prestarlo in modo esauriente, come doveva, trattandosi di giuramento decisorio.

Il tribunale escluse che la Pandiani, colle introdotte modificazioni; variasse la sostanza contenuta nella formola dedotta, e con la sentenza 6 sett. 1900 « in definitiva reiezione

(1) Cfr. da ultimo Cass. Napoli, 12 giugno 1900, in *Filangieri*, 1900, 677, col richiamo.

dell' appello interposto dalla Scheuber.... » confermava la sentenza del pretore colla quale fu questa condannata a pagare alla Pandiani L. 870 e accessori.

Denuncia la Scheuber questa sentenza per due mezzi.

Col II mezzo si vorrebbero dal tribunale violati i principî che regolano la materia del giuramento, e in ogni modo si direbbe nulla la sentenza per avere in tal parte mancato al precetto della motivazione.

Anche questo II mezzo è inattendibile.

Niun dubbio che il giuramento sia una specie di transazione che il deducente propone alla risoluzione dell'insorta controversia, e per la quale si rimette alla coscienza del suo avversario giurante; e niun dubbio pure che la formula offerta alla risoluzione della questione che divide le parti e da esse accettata, o concordata, o definitivamente dal magistrato stabilita, non possa variarsi dal giurante in ordine al fatto principale e alla ragione del contendere.

Ma se non può variarsi in ordine al fatto dedotto a giuramento, non è men vero che la parte chiamata a giurare non sia tenuta a ripetere letteralmente le parole della formula, e possa introdurvi spiegazioni e varianti, purchè connesse al fatto dedotto a giuramento e tali che ne esauriscano il concetto senza alterarne la sostanza.

La tesi sostenuta in questo II mezzo dalla ricorrente, vale a dire che, ammesso il giuramento decisorio sopra una formola determinata, sorga divieto assoluto nel giurante di introdurvi varianti o aggiunte qualsiansi, neppure a titolo di semplice schiarimento, è tesi oramai contraddetta dalla più recente dottrina e costante giurisprudenza, le quali in modo concorde propugnano il principio che chi presta giuramento su formola ammessa per sentenza, può, nel prestarlo, aggiungere quelle circostanze che, connesse al fatto, valgano a qualificarne e a spiegarne la natura e gli effetti.

Ciò posto non è più il caso di discutere in questa sede se il magistrato bene o male abbia apprezzate tali variazioni ed aggiunte col dichiarare che esse corrispondono direttamente nel loro complesso al concetto della formola stata dedotta. È ricerca questa che sfugge alla disamina del Supremo Collegio.

Nè sussiste l'altra censura mossa dalla ricorrente in questo mezzo alla pronuncia del tribunale. I giudici del merito, contrariamente a quanto si asserisce nel ricorso, non si sono limitati ad emettere un'arida affermazione di fatto del loro apprezzamento a riguardo della formola prestata dalla giurante Pandiani, ma ne dettero sufficiente ragione là ove esposero dopo aver richiamato in linea di fatto il verbale da cui risultavano i termini del prestato giuramento, che bastava porre fra loro a raffronto la formola deferita ed ammessa con quella prestata, per convincersi che nel caso concreto la Pandiani aveva escluso, con formola corrispondente a quella dedotta, il contenuto di questa.

Non si comprende cosa si voglia più di questo pretendere dal magistrato perchè risponda al precetto della motivazione, che vuol essere bensì esauriente, ma che è tanto più apprezzabile quanto più stringata e concettosa, ed è tanto più alla legge conforme, quanto più sia limitata ad un cenno conciso di ciò che viene ad influire sulla decisione del magistrato.

P. q. m., rigetta.

—

TORINO, 25 maggio 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* De Giuli — *P. M.* Gargiulo — Segre c. Algostino e Peyla.

Chi ha denunziato per cassazione una sentenza proponendo mezzi diversi contro persone diverse, deve fare tanti depositi quanti sono gli interessi che fa valere (1).

Sulla questione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso.

Non è a recarsi in dubbio che i due primi mezzi del ricorso riflettano la questione della simulazione dell'atto di mutuo 25 maggio 1894, ai rogiti Provera, e che entrambi siano perciò stesso comuni e alla Algostino Cecilia e alla minorenne Frasca Teresa Antonietta di lei figlia.

Il terzo mezzo del ricorso invece concerne la violazione dell'art. 1304 c. c. e il travisamento del decreto 24 febbraio 1894 del tribunale di Alba, nel senso che la Corte avrebbe errato nel propugnare il principio che debba il terzo curare l'adempimento delle formalità imposte dal tribunale nel proprio decreto a carico delle persone che provocarono il decreto stesso.

Ora, questo mezzo riflette esclusivamente la minorenne Frasca: è tutto speciale alla condizione di essa, nè può in modo alcuno ritenersi sia in questo mezzo conglobato l'interesse della Algostino Cecilia.

Infatti, per esso si vorrebbe raggiungere l'intento di legittimare l'operato del capitano Segre di fronte al mancato soddisfacimento di quelle passività della minorenne per le quali il Segre avrebbe mutuata la somma ai coniugi Pechenino; si vorrebbe contestare che il Segre fosse in obbligo di

(1) Contra da ultimo, e con ragione, a nostro credere, Cass. Palermo, 3 luglio 1900, in questo *Filangieri*, 1901, 214.

accertare il pagamento di tali passività. Con ciò il mezzo si risolverebbe nello scopo di liberare Segre da ogni responsabilità per simile omissione a riguardo della minorenne. Il che evidentemente non attiene che all'interesse di questa. E il curatore, se poteva tralasciare per difendersi dai due primi mezzi dai ricorrenti proposti di intervenire in giudizio, sapendo protetta la di lui rappresentata dal patrocinante della Algostino, colla quale l'interesse era comune, per certo non poteva dispensarsi dal farlo per difendersi dal terzo mezzo che investiva puramente l'interesse della minorenne.

Stando in tali termini le cose, secondo la costante giurisprudenza adottata da questa Corte, si presentava la necessità di un doppio deposito, trattandosi di un particolare gravame riflettente una sola delle parti evocate dai ricorrenti avanti a quel Supremo Collegio.

E basti il ricordare come dei proposti gravami se i primi due si ravvisassero infondati e l'altro sussistente, di fronte alla unicità del deposito, verificherebbesi l'inconveniente di non sapersi trattenere o restituire lo stesso deposito, perchè i ricorrenti, per la reiezione dei primi, dovrebbero subire la perdita del deposito, non più a riguardo del terzo, pel quale sarebbero vincenti.

La qual cosa non potè non avere un gran peso per gli scopi presi di mira dal legislatore, quando impose la formalità del deposito per evitare lo sconcio di ingiuste vessazioni.

P. q. m., ecc.

—

TORINO, 18 maggio 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* De Giuli — *P. M.* Mazza — Resteghini c. Costa.

1. *Non è vietato in appello di mutare la* ratio petendi (1).

2. *Il giudice d'appello che, chiamato a conoscere di una sentenza ammissiva soltanto di prove, si limiti a confermarla o a riformarla unicamente nei limiti della istruttoria, deve a pena di nullità ritornare la causa ai primi giudici* (2).

Con citazione 22 luglio 1897 Costa Valentino conveniva avanti il tribunale di Parma Resteghini Domenico, esponendo in quell'atto:

Che nella circostanza del matrimonio del figlio suo colla figlia del Resteghini, avrebbero i rispettivi genitori convenuto fra loro che ogni spesa alle nozze relativa sarebbe stata da essi sostenuta per metà ciascuno;

Che queste spese furono anticipate da esso attore Costa, e altre pure furono da lui sopportate, sebbene dovessero essere ad esclusivo carico del Resteghini, fra cui varie spese di vitto, alloggio e accessori, per la stagione estiva del 1896;

Che in conseguenza esso Costa era in credito della somma di L. 2682.50;

Chiedeva fosse il Resteghini condannato a pagargli tal somma. Dedusse al Resteghini interrogatorio sulla verità dei fatti da lui Costa esposti.

Le risposte del Resteghini furono negative, e allora chiese e conchiuse il Costa innanzi al tribunale perchè, tenuto in sospeso il merito della causa, si ammettesse la prova per testimoni che deduceva in sei capitoli:

il 1.° diretto a stabilire che è consuetudine nella città di Parma che le spese di nozze siano sostenute a metà dallo sposo e metà dalla sposa, e per essi dalle rispettive famiglie;

il 2.° a porre in essere le spese esclusivamente sostenute dal deducente Costa e che dovevano sopportarsi per metà dal Resteghini;

il 3.° e il 4.° per stabilire la specie e l'ammontare di spese sostenute da esso Costa, e che dovevano ritenersi ad esclusivo carico del Resteghini;

il 5.° per accertare che il Resteghini si era appropriata una pergamena artistica del costo di L. 200 appartenente ad esso Costa;

il 6.°, e questo solo ove il tribunale lo credesse del caso, diretto a porre in essere che il Resteghini, nella circostanza del matrimonio di cui sopra, ebbe a pregare il Costa di anticipare tutte le spese con promessa del rimborso di una metà, come pure avrebbe promesso di rimborsarlo d'ogni altra spesa che incombesse esclusivamente a lui Resteghini.

Il Resteghini si limitò a chiedere il rigetto di tutte le domande attrici, e in special modo dell'istanza per la prova testimoniale.

Il tribunale, con sua sentenza 29 maggio 1899, disse inammissibile la prova dedotta nei primi quattro capitoli e nel sesto. Ritennero i primi giudici che col 1.° capitolo si venisse a mutare la *causa petendi*, comechè nell'atto radicativo del giudizio si era introdotta un'azione basata a contratto stipulato fra i contendenti, pel quale Resteghini

(1) Cfr. in arg. Cass. Firenze, 23 giugno 1892 — App. Palermo, 24 novembre 1884 — Cass. Napoli, 4 luglio 1884 e Cass. Torino, 21 giugno 1881 in *Filangieri*, 1892, 2, 663 — 1885, 2, 229 — 1885, 2, 177 — 1882, 2, 303. — LESSONA, *Manuale della proc. civ.*, p. 315.

(2) Cfr. da ultimo LESSONA, *op. cit.*, p. 319.

si era assunto di rimborsare a Costa metà delle spese di nozze, mentre con la prova in quel capitolo dedotta si vorrebbe fondata questa pretesa su di una supposta consuetudine. E quanto agli altri capi, sostanzialmente il tribunale osservava che si trattava con essi di stabilire una obbligazione per somma di L. 2000, sì che alla loro ammessione ostava il divieto dell'art. 1341 c. c.

Solo il cap. 5.°, quello relativo alla pergamena, ravvisò ammissibile — e decise: « dichiara inammissibili i capitoli 1, 2, 3, 4 e 6 dedotti dall'attore Costa, e quindi li respinge. Ammette invece quello specificato al n. 5, e delega il giudice Bruni per l'esaurimento di esso. Spese riservate ».

Appellava il Costa da questa sentenza alla Corte di Parma in via principale; ne appellava incidentalmente anche il Resteghini.

Il Costa chiese la riforma della sentenza coll'accoglimento della sua istanza di ammissione delli 6 capitoli di prova per testi articolati in prima sede. Subordinatamente deferì al Resteghini altrettanti capi di giuramento sui fatti a prova per testi dedotti.

Il Resteghini, premessa dichiarazione che egli era pronto a consegnare al Costa la pergamena di cui in atti, instò per la reiezione dell'appello principale del Costa, e per l'accoglimento del suo appello incidentale e cioè che, in parziale riparazione della sentenza del tribunale, fosse respinto il capitolo 5.° dai primi giudici ammesso, e facendo quel che essi avrebbero dovuto fare, venissero rigettate le domande del Costa, siccome ingiuste, temerarie, ed infondate, condannandolo nei danni e spese. Subordinatamente il Resteghini concluse fosse respinto il primo capo di giuramento dal Costa deferitogli, fossero ammessi il 2.° e il 3.° e modificati, nei sensi da lui Resteghini proposti gli altri capitoli.

Giudicava colla denunciata sentenza la Corte di Parma: Riformava la sentenza del tribunale ammettendo la prova testimoniale dedotta dal Costa nei primi quattro capitoli e tratteneva la causa delegando il consigliere estensore per assumere gli esami, diceva cessata la materia del contendere quanto alla restituzione della pergamena, sospendeva il giudizio sul merito e sulle spese. Insorge contro questa pronuncia il Resteghini denunciandola per tre mezzi.

I. Non è giuridicamente esatto quanto si sostiene dal ricorrente in appoggio del I mezzo.

La *causa petendi* vuolsi ognora ricercare nell'oggetto della domanda. Le ragioni in cui l'attore poggia questa domanda, vale a dire quel qualsiasi titolo che invoca a fondamento e a prova di essa, costituiscono la *ratio petendi*.

Il divieto di mutare la prima non si estende alla seconda. Il convenuto deve sapere e conoscere perfettamente e precisamente ciò che gli si domanda, onde vegga se abbia campo o meno di validamente opporsi a dare la cosa che della domanda forma oggetto; ma, così radicato e conosciuto il sostrato dell'azione, viene alle parti aperta la via di far valere in corso di giudizio tuttociò che costituisce mezzo a sorreggere l'azione o l'eccezione.

Nella fattispecie l'attore Valentino Costa chiese innanzi tutto il rimborso di metà delle spese da lui esclusivamente sostenute per le nozze di sua figlia col convenuto Resteghini, e disse che così si era fra esse parti accordato, e dedusse poi che tale era pure la consuetudine.

Non esistendo prova scritta dell'invocato accordo, il che sarebbe stato persin strano in tema di spese nuziali, l'attore, onde far assumere colla prova per testi in proposito dedotta, il maggior carattere di credibilità alla asserta convenzione, ha invocata la consuetudine.

Non variavasi con ciò l'oggetto della domanda, che rimaneva ognora quello di rimborso di metà della somma spesa dall'attore, nè poteva mutare l'oggetto del contendere, dacchè l'uno e l'altro poggiava sempre su di una obbligazione, di cui all'atto radicativo del giudizio il Costa pretendeva l'adempimento da parte del Resteghini.

La censura invece che si muove col II mezzo del ricorso al giudicato della Corte di merito, si presenta pienamente fondata.

La denunciata contraddizione fra il motivato e il dispositivo della sentenza tosto si appalesa ove si ponga a raffronto ciò che la Corte espose in merito alla prova testimoniale dal Costa dedotta a porre in essere le spese da lui sostenute per alloggio e vitto di sua figlia e genero nella propria villa, e ciò che fu statuito nel dispositivo, in riforma della sentenza del tribunale, coll'ammettere i capitoli riflettenti quella prova.

Infatti la Corte premette, relativamente alle spese di mantenimento e coabitazione dal Costa richieste, che esse erano occasionate da speciali riguardi e da corrispondenza di affetti fra persone che stavano per vincolarsi in parentela.

E, dopo questa esattissima premessa, dopo aver aggiunto che, alla richiesta del Costa, il Resteghini aveva opposto che il mantenimento prestato a lui e consorte fu atto di mera cortesia contraccambiato da regali, la Corte si risolse ad ammettere i capitoli di prova per testi dedotti in appoggio di simili spese, motivando che la prova si presentava accoglibile, non in base alla convenzione, ma al quasi-contratto.

Senonchè pare intuitivo che se le spese erano occasionate da riguardo ed affetti, non potevano aver per fondamento un quasi-contratto, perchè alla sussistenza di questo occorrono due elementi sostanziali — *l'atto volontario* da una parte — il *consenso presunto* dall'altra; l'*atto*, cioè, *volontario* del Costa di alloggiare e mantenere; il *consenso presunto* del Resteghini di obbligarsi a corrispondere il prezzo dell'alloggio e del mantenimento.

Ora, questo *consenso* non si concilia a riflesso di spese, come premise la stessa Corte, occasionate da speciali riguardi, e da corrispondenza d'affetti, non potendosi presumere che il Resteghini accettasse per sè e consorte l'invito del Costa a recarsi in villa con la scienza di dovere poi rimborsare il suocero delle spese di vitto e alloggio.

Escluso così (limitatamente a riguardo di queste, e non delle spese nuziali) ogni concetto di credito per parte del Costa e di debito dal canto del Resteghini, rimaneva esclusa la possibilità di un quasi-contratto inducente obbligazione giuridica a carico di quest'ultimo.

La Corte d'appello, che aveva tanto giustamente afferrato il concetto in ordine a simili spese quando motivava trattarsi di una corrisponsione dovuta a speciali riguardi, coll'ammettere una prova che recava a conseguenze diametralmente opposte alla sua tesi. alla conseguenza cioè di ritenere che il Costa potesse aver ragione di rimborso per tali spese, e a quella di ritenere che egli avesse fatto l'invito con animo di rimborso e non con animo *donandi*, cadeva in una aperta contraddizione con sè stessa, il che si traduce in un difetto di motivazione, costituente la nullità contemplata negli invocati articoli del rito civile, di cui nel secondo mezzo.

Pienamente sussiste pure la violazione dell'art. 492 c. p. c. denunciata nel III mezzo del ricorso.

Il tribunale, colla sentenza che fu tratta in appello, dichiarava l'inammissibilità di cinque capitoli di prova testimoniale dal Costa proposti, uno solo ammettendone, con delega al giudice estensore di assumere gli esami, e con riserva delle spese.

Non decidevano i primi giudici il merito, seguendo in ciò l'istanza dell'attore stesso a che « tenuto in sospeso il merito della causa » si ammettesse innanzi tutto la prova per testimoni da lui dedotta.

Sarebbe vano il contestare il carattere d'interlocutorietà a simile sentenza.

La legge non ammette che sentenze interlocutorie o incidentali e sentenze definitive — le prime dirette a preparare la definizione della controversia — le seconde decisive del merito della causa.

Una sentenza che ammetta incombente probatorio e non decida, neppure in parte, il merito, non può altrimenti classificarsi che fra quelle interlocutorie.

Quando una tale sentenza è recata in appello, e il magistrato di secondo grado non decide ancora il merito, ma conferma o riforma la pronuncia dei primi giudici, sempre nei limiti di ciò che forma oggetto dell'istruttoria della causa, è ovvio che, per la decisione del merito, questa debba ritornare al primo grado di giurisdizione, onde le parti possano fruire del doppio esame della loro controversia.

Nel caso concreto la Corte d'appello ha riformata la sentenza del tribunale, ma nulla ha deciso in merito, solo ammettendo buona parte di quei capitoli di prova che il tribunale aveva respinti.

Era dovere della Corte, ed è esplicito in tal senso il disposto dell'art. 492 c. p. c., di rinviare la causa ai primi giudici, la Corte invece ha trattenuta la causa in sua sede, violando per tal guisa la legge.

P. q. m., cassa, ecc.

—

TORINO, 12 aprile 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Liuzzi — *P. M.* Mazza = Calvi c. Bonino.

La nullità della donazione fra coniugi non impedisce che gli eredi del donante possano avere validamente ratificata la donazione (1).

Col I mezzo sostiene il ricorrente Calvi per censurare la denunciata sentenza della Corte di Torino, che la esecuzione da lui data alla scrittura impugnata col pagare le lire cento, e col promettere il pagamento delle rendite successive, non può considerarsi come rinunzia alla nullità di donazione, trattandosi di obbligazione derivante da una donazione dal marito fatta alla moglie, la quale donazione, perchè affetta da nullità, per ragione di ordine pubblico, non poteva in verun modo essere confermata o ratificata.

Osserva su di ciò questa Corte Suprema che se il ricorrente avesse davanti ad essa portata la questione sul terreno della nullità della donazione, anzi della sua inesistenza, in quanto che, se non altro, la medesima donazione (per non essere stata fatta a norma dell'art. 1056 c. c., cioè con atto pubblico, formalità attinente alla sua so-

(1) Si vegga però CIABURRI, *Ratifica*, nella *Enc. giur.*, p. 184, nn. 64 segg.

stanza, ma con semplice atto privato) non potesse dirsi tale per non averne nemmeno la parvenza giuridica, questa stessa Corte non avrebbe esitato a statuirne la nullità e ad accogliere perciò il ricorso; ma siccome egli, pure accettando la esistenza giuridica di quella donazione, si duole soltanto della ratifica di essa, ammessa implicitamente dalla denunziata sentenza, così è unicamente da tale lato che, per forza delle cose, la questione del I mezzo deve essere esaminata.

Ed allora si osserva che, di fronte alla chiara parola della legge, art. 1311, per la quale la conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa dal donante o testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinunzia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione, riesce vano insorgere contro la denunziata sentenza la quale uniformavasi al precetto della legge, quando con la ammissione dei due capitoli d'interrogatorio mirava a stabilire se realmente nel caso concreto il Calvi Marco, quale erede dell'autore di quella così detta donazione, avesse fatto atti tali inducenti o meno ratifica di essa. Nè contro di ciò varrebbe il dire che la detta ratifica o conferma, come quella che si riferisce ad una nullità comminata per motivo d'ordine pubblico, sarebbe sempre inattendibile per l'ovvio principio: *privata pactione ius publicum inverti non licet;* imperocchè, prescindendo che tale motivo d'ordine pubblico riflette i soli coniugi durante il matrimonio, appunto per evitare che la seduzione o la violenza fossero cause determinanti la donazione del coniuge a favore dell'altro in danno dei terzi, certa cosa è che, cessato quel pericolo e sciolto il matrimonio, niuna legge impedisce che gli eredi del donante, sia per soddisfare ad una obbligazione naturale, sia per fare onore alla memoria del loro autore, col rispettare i fatti onesti da lui già posti in essere, possano ratiabire o confermare una donazione da lui, durante il matrimonio, nullamente convenuta con il coniuge suo. E nel modo stesso che a loro non si potrebbe vietare d'impugnare tale donazione, valendosi delle ragioni ed azioni di quel loro autore, così a loro non si può proibire di poterla ratificare per l'altro principio di diritto, che tutto ciò che non è ripugnante alla morale ed alla legge, o da questa vietato, è sempre permesso. E quando la ratifica, come nel caso presente, precede la impugnativa, è pur naturale che la prima debba prevalere sulla seconda, per l'altra regola di logica e di ragione, che nelle convenzioni tacite od espresse, od in quei fatti importanti un vincolo giuridico non si possa disvolere ciò che si volle, a meno che la legge non disponga diversamente.

E tutto ciò poi a prescindere, non solo dalla locuzione della legge, la quale nel prericordato art. 1311, con le parole di: « rinunzia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione, » comprende altresì quella di nullità della specie di quelle stabilite per le donazioni fra coniugi, ma anche dalla singolarità del caso, in cui in questo atto anomalo di liberalità, qualificato, giova ripeterlo, dalla Corte di appello meno giuridicamente per donazione, e come tale accettato dal ricorrente, questi, intervenendo quale somministratore della cosa donata in corrispettivo di altre cose a lui cedute dal donante, sarebbe venuto a contrarre un'obbligazione personale verso la donataria, al cui confronto, per dovere di onestà, si sarebbe indotto a fare poi quella ratifica per la cui prova si continua a contendere in cassazione.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 12 aprile 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* De Amicis — *P. M.* Mazza — Comune di Torino c. Barberis.

I Comuni presso i quali trovasi organizzato il servizio pubblico dei pompieri, *non possono pretendere dai privati il rimborso delle spese di estinzione d'un incendio* (1).

Non sussiste la censura di violazione ed erronea interpretazione dell'art. 4 dispos. prel. cod. civ. e degli articoli delle varie leggi comunali e regolamenti indicati nella prima parte di questo unico mezzo che il ricorrente Comune di Torino muove nella prima parte del medesimo avverso la denunziata sentenza: inquantochè il tribunale di questa città altro non fece in sostanza senonchè uniformarsi alla massima già sancita da questa Corte Suprema nella sua sentenza 8 agosto 1891, Ministero dell'interno c. Provincia di Milano (*Giur. Tor.*, 1891, pag. 549), giusta la quale devesi dare un'interpretazione restrittiva alle leggi le quali impongono spese ed oneri ai Comuni, appunto coll'avere nella impugnata sentenza dichiarato che in quei Comuni in cui, come in quello di Torino, è permanentemente organizzato un servizio di guardie per l'estinzione degli incendi, questo servizio costituisce una spesa obbligatoria. E ciò rettamente

(1) Cfr. da ultimo, Cons. di Stato, sezioni unite, 22 marzo 1900 in *Filangieri*, 1900, 637 col richiamo. Cass. Firenze, 24 febbraio 1898, *Ib.*, 1898, 364 colla nota.

ebbe a dichiarare il tribunale di Torino per la buona e decisiva ragione che si tratta di spese di polizia locale, le quali, per il chiaro e tassativo disposto dell'art. 175 n. 2 e 20 del testo unico della legge com. e prov. vigente, sono spese obbligatorie che debbono essere indubbiamente sopportate da tali Comuni nell'interesse generale di tutti i cittadini. Nè giova il dire che l'istituire o meno un corpo di pompieri sia facoltativo. Ciò nessuno contesta, ma, come ha giustamente osservato il tribunale torinese seguendo gli insegnamenti della Corte di Cassazione di Firenze e delle Sezioni Unite del Consiglio di Stato, « se è facoltativo pei Comuni in genere il creare un corpo di pompieri e lo stabilire norme per l'estinzione degli incendi, è obbligatorio invece provvedere alla polizia locale; donde la conseguenza che se in un Comune, per la sua importanza, per le speciali sue condizioni, è necessario, e quindi viene istituito il servizio dei pompieri, la relativa spesa, quale spesa di polizia locale, diventa obbligatoria così come è obbligatoria la spesa per le guardie municipali e per gli spazzini pei Comuni dove è affidata a speciali persone la nettezza del pubblico suolo ».

Non ha poi valore alcuno l'osservare che l'azione per provvedere all'estinzione degli incendi prestata dai Comuni sia piuttosto una provvidenza di sicurezza che non di polizia, per inferirne che la relativa spesa non abbia il carattere di spesa obbligatoria.

Imperocchè dalle spese di polizia locale non sono punto escluse quelle di pubblica sicurezza allorquando manchi l'intervento degli organi specificamente contemplati dalla legge speciale di pubblica sicurezza. Ond'è che non sono escluse quelle per la estinzione degli incendi, materia questa espressamente contemplata dal regolamento che detta le norme per l'esecuzione della legge com. e prov.

Tanto meno è lecito l'invocare uno stato della legislazione precedente all'attuazione della detta legge comunale e provinciale attualmente vigente, quand'anche si potesse da tale precedente legislazione trarre validi argomenti in favore del Comune ricorrente, una volta che sia per il disposto dell'art. 5 disp. prel. gen. c. c., sia per quello dell'articolo 309 del testo unico della legge com. e prov., questa materia è per intero regolata dalla legge attuale.

Laonde, come bene osservava il pretore del VII Mand. di Torino nella sopra citata sua sentenza stata confermata dal tribunale colla ora denunciata pronuncia, applicando le note massime « ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit », non avendo il legislatore, nelle nuove leggi comunali e provinciali, più riprodotte le disposizioni dell'antica legge piemontese, ne consegue che questa venne intieramente abrogata; e quindi anche nella parte riguardante il servizio dell'estinzione degli incendi, per la buona e decisiva ragione che dette nuove leggi regolano l'intera materia già regolata dalla suddetta legge anteriore.

Inoltre è intuitivo come il servizio dello spegnimento degli incendi sia indubbiamente un importantissimo servizio pubblico, il quale deve perciò essere prestato dalla pubblica Amministrazione comunale senza alcuna ingerenza dei privati, trattandosi di una spesa che per la stessa sua natura è inerente all'istituzione ed organizzazione dello stesso corpo dei pompieri quale è certamente la spesa occorrente per addivenire allo spegnimento degli incendi.

Neppure sussiste la mancanza di motivazione e conseguente violazione degli articoli 1140 e segg., 1307 c. c. e 3° capoverso disp. prel. c. c. di cui il ricorrente Comune di Torino nella seconda parte dell'unico mezzo accusa l'impugnata sentenza in via subordinata, sostenendo come per ciò solo che il tribunale ritenne obbligatoria per la città di Torino la spesa in discorso non poteva dispensarsi, come fece, dall'indagare, se e come la controversia si dovesse risolvere in base ai principî che regolano il quasi contratto di gestione del negozio altrui e l'azione « de in rem verso » e di indebito arricchimento. Dappoichè a dimostrare l'infondatezza di questa accusa basti osservare come il tribunale di Torino in sua sentenza dichiarò esplicitamente che riteneva una tale indagine superflua nel caso concreto e ne diede la ragione.

Imperocchè dopo d'avere con breve, ma esauriente motivazione data la dimostrazione del nessun fondamento della distinzione che dalla città di Torino si voleva fare tra la spesa preventiva dell'organizzazione e del funzionamento del servizio dei pompieri, e le spese occasionali che ad ogni singolo incendio si verificano; uniformandosi agli insegnamenti dati dal Consiglio di Stato nel suo parere a Sezioni riunite 23 marzo 1900 (*Giurispr. ital.*, III), ammise bensì che poteva farsi una distinzione fra le suddette spese, ma però non nel senso inteso dall'odierno ricorrente, che vorrebbe ritenere quale spesa straordinaria quella che è occasionata dal verificarsi dell'evento per cui il servizio è stabilito, cioè dell'incendio, il che sarebbe assurdo; ma nel senso che debba considerarsi quale spesa straordinaria per la quale il Comune abbia diritto di rivalersi sugli interessati, solamente quella nella quale si incorra quando l'incendio abbia richiesto provvedimenti, i quali, per la loro indole,

non trovano idonea predisposizione di mezzi nella organizzazione del servizio.

Ora è chiaro come il tribunale, applicando tale giustissimo criterio alla fattispecie e scendendo quindi in base del medesimo all'esame delle singole partite costituenti la nota delle spese che erano state dal Comune chieste in rimborso all'opponente Barberis, coll'avere ritenuto che le medesime non avevano punto il suddetto carattere di spese straordinarie, altro non fece se non che emettere un giudizio di apprezzamento di fatto, che sfugge a qualsivoglia censura di questa Corte Suprema del diritto.

Nulla hanno poi a che fare nel caso odierno le decisioni di questa Corte Suprema citate dal ricorrente a sostegno della sua tesi, e non sono quindi alla medesima applicabili. E di vero, nel caso deciso con la sentenza 7 marzo 1888 (1), trattavasi di un Comune che era accorso colle sue pompe ad estinguere un incendio in una casa sita in altro Comune. Ond'è che, come giustamente osservava il pretore del VII Mand. di questa città, « l'opera d'estinzione era stata colà portata non *iure imperii*, ma in forza di legge o di speciale regolamento ».

Dal che consegue come affatto diverso sia il caso concreto.

Nell'altro caso poi stato deciso colla sentenza 28 dic. 1892 (2), nella causa Società d'assicurazioni *L'Italia* c. la Società dell'acquedotto De Ferrari, non solo il Comune non era in causa, ma era stato convenuto invece nel giudizio di merito perchè assumesse il rilievo della Società *L'Italia* dalla domanda di rimborso dell'acqua fornita dalla Società dell'acquedotto De Ferrari, ed era ben a ragione stato assolto da tale domanda di rilievo dal tribunale di Genova pel giustissimo motivo accampato dal Comune genovese, che, cioè, esso non era tenuto ad alcun indennizzo, avendo ordinato l'estinzione dell'incendio nell'interesse pubblico.

Ora è chiaro come anche tale caso fosse affatto diverso dalla fattispecie attuale, nella quale il Comune fa valere un suo diritto speciale di rimborso in forza di un regolamento, invece di difendersi da una domanda di rilievo per un rimborso di spese da farsi ad altri.

Che anzi, se potesse invocarsi come precedente la suddetta massima accolta dal tribunale di Genova, essa, come è facile scorgere, sarebbe nel senso di riconoscere al servizio di estinzione degli incendi il carattere di servizio pubblico, specialmente nei grandi centri di popolazione. Cosa questa che implica necessariamente il concetto che dunque si debba a detto servizio pubblico ed alle spese tutte relative alla estinzione degli incendi provvedere colle imposte comunali gravanti sulla generalità dei cittadini, e nello stesso tempo rende palese come non possano trovare applicazione al caso concreto i principî della *negotiorum gestio* e della *de in rem verso*.

Tanto è ciò vero, che la maggior parte delle principali e più ragguardevoli città d'Italia, quali Roma, Milano, Genova, Venezia, Palermo e Firenze non fanno punto concorrere i privati nelle spese occorrenti per l'estinzione degli incendi, riconoscendo così che trattandosi di un servizio pubblico, i grandi Comuni in ispecie, i quali hanno costituito ed organizzato un apposito Corpo di pompieri, debbono avere la massima libertà d'azione nell'impiego dei mezzi occorrenti onde provvedere al detto importantissimo servizio pubblico, indispensabile alla incolumità di tutti i cittadini, specialmente nelle grandi città, nelle quali la popolazione è tanto numerosa ed agglomerata.

P. q. m., rigetta il ricorso.

(1) Pezzali c. Comune di Antegnate, citata in nota a pag. 364 del *Filangieri*, 1888.

(2) Cit. nella nota di cui sopra.

ROMA, 1.° aprile 1901 — *Pres.* Caselli — *Est.* Pugliese — *P. M.* Quarta — Zappalà c. Torrisi e altri.

Per stabilire se un sacerdote abbia giurisdizione o cura d'anime ***a sensi e per gli effetti dell'art. 23 della legge comunale e provinciale, basta aver riguardo all'attuale realtà di fatto, e non occorre punto indagare se tale giurisdizione o cura d'anime egli la eserciti in forza di regolare investitura ecclesiastica*** (1).

Se si volesse ritenere che una quistione di diritto potesse essere stata sollevata e decisa, sarebbe da osservare come la legge comunale, ai fini dell'elettorato, non si preoccupi punto (e non potrebbe punto preoccuparsene senza usurpazione dei diritti e delle prerogative dell'autorità chiesastica) di indagare se il sacerdote, il ministro del culto, e quegli che ne fa le veci, eserciti legalmente o meno, nei rapporti con le leggi canoniche, la cura delle anime.

Questa indagine, in relazione coi precetti delle leggi in parola, è riservata all'esame della sola autorità chiesastica, gerarchicamente superiore al ministro che quello incarico in realtà adempie. La legge comunale guarda solo alla materialità del fatto, all'esercizio materiale di quella cura, di

(1) V. in arg. MAZZOCCOLO, *La nuova legge com. e prov.* (IV ediz.), pp. 74, 75.

quell'onere spirituale, e trova in esso la ragione del divieto della eleggibilità, ragione che precipuamente si posa nel non voler distratto dalle cure di consigliere comunale o provinciale colui che di fatto attende ad una cura più cospicua, quella cioè delle anime. La legge dello Stato con ciò vuol mostrarsi, ed opportunamente si mostra, deferente all'esercizio del ministero ecclesiastico togliendo la occasione di una interruzione alla continuità di esso.

È questa la retta intelligenza che secondo lo spirito e la lettera deve essere data allo art. 23 della legge in esame ed è questa quella che la più recente e oramai costante giurisprudenza di questa Cassazione vi ha dato.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

NAPOLI, 24 marzo 1901 — *Pres.* Salvati — *Est.* Niutta — De Pito c. Barracco.

1. *Il proprietario che usufruisce dell'acqua costeggiante il suo fondo a sensi e per gli effetti di cui all'art. 543 c. c., non può, restituendone le colature al corso ordinario, aggiungervi altre acque inquinate* (1).

2. *In tal caso i proprietari inferiori aventi uguale diritto a valersi di quell'acqua costeggiante possono invocare l'intervento del magistrato a norma dell'art. 544 per conciliare i diversi interessi in contrasto* (2).

Dal raffronto degli articoli 536, 543 e 675 del cod. civ. emerge chiaro il concetto che i proprietari dei fondi inferiori hanno l'obbligo di ricevere le acque che scorrono dai fondi più elevati, ma che i proprietari dei fondi superiori nulla possono fare che renda più gravosa tale servitù: e che i proprietari dei fondi i quali siano costeggiati o attraversati da una corrente di acqua, la quale non si appartenga esclusivamente ad alcuno di essi abbiano il diritto di usare dell'acqua mentre trascorre nei loro fondi in maniera che il proprietario di ciascun fondo possa servirsene, ma con l'obbligo di restituire le colature e gli avanzi al corso ordinario. Da ciò segue che il proprietario del fondo superiore, quando possegga nel suo fondo una sorgente di sua proprietà, abbia il diritto di deviare la sorgente stessa ed impedire che l'acqua scorra nel fondo inferiore, ma che ove egli non si avvalga di tale diritto, il proprietario del fondo inferiore se ha l'obbligo di riceversi le acque di detta sorgente, ha pure il diritto di pretendere che il proprietario del fondo superiore non renda più gravosa la servitù del fondo sottoposto: ed è evidente altresì che quando non si tratti di un'acqua di pertinenza esclusiva di alcuno dei proprietari rivieraschi, ma di un'acqua che costeggi o attraversi più fondi, i proprietari dei fondi stessi hanno tutti un eguale diritto all'acqua, epperò ognuno può servirsene per la sua industria, ma con obbligo di mandarne le colature e gli avanzi al corso ordinario. Ciò premesso, si rende manifesto che il De Vito Piscicelli, quale proprietario di un fondo superiore alla tenuta Luparo del Barracco se avesse una sorgente nel proprio fondo avrebbe il diritto di divergere il corso ed impedire che le acque scorressero sul fondo sottoposto, ma non volendo divergerle, se potrebbe obbligare il Barracco a riceversi le acque, non potrebbe aggravando la servitù del fondo serviente per l'esercizio della sua industria di macerazione della canape, rimandare le acque stesse putride ed inquinate cagionando in tal modo un manifesto pregiudizio alle persone, agli animali ed alle condizioni agricole del fondo sottostante.

Ma nella specie il De Vito Piscicelli, servendosi del rivo Pellegrino, cioè di un'acqua che non è esclusivamente sua, ma che costeggia il suo fondo come costeggia quello inferiore del Barracco, se ha il diritto di usare per la sua industria dell'acqua stessa non ha nè il diritto di divergerne il corso privando il fondo sottostante delle colature e degli avanzi nè il diritto di far riversare le acque di rifiuto corrotte ed inquinate nel fondo medesimo; imperocchè, o si ha riguardo alla situazione dei luoghi, e il fondo inferiore, soggetto alla servitù di scolo a vantaggio del fondo superiore, risentirebbe con l'inquinamento delle acque un aggravamento della servitù vietato dall'art. 536, ovvero si ha riguardo ai diritti di comunione che all'acqua hanno egualmente tutti i proprietari rivieraschi e per l'art. 675 c. c. niuno dei partecipanti della cosa comune ha il diritto di far servire la cosa comune in modo da impedire agli altri partecipanti di potersene servire secondo il proprio diritto, il che manifestamente avverrebbe in pregiudizio del proprietario del fondo inferiore se questi fosse obbligato a riceversi nel proprio fondo le acque non pure, ma inquinate per l'esercizio dell'industria del proprietario del fondo superiore. Laonde bene la sentenza denunziata giudicò che il De Vito Piscicelli proprietario del fondo superiore, non avesse alcun diritto nè di privare il Barracco degli avanzi del rivo Pellegrino facendosi a deviare il corso dello stesso, nè di farne riversare inquinate le acque nel sottoposto fondo Lupara appartenente al Barracco. Pertanto, sorta controversia sull' uso dell' acqua di

(1-2) Cons. in arg. LOMONACO, *Acque* nella *Enc. giur.*, pp. 558 segg., 628, 629.

detto rivo fra i diversi proprietari dei fondi aventi diritto all'acqua, la Corte ben poteva essere chiamata, come dalle parti stesse fu chiamata, giusta l'art. 544 c. c., ad adottare i temperamenti discrezionali e conciliativi per tutelare nel tempo stesso l'interesse dell'esercizio dell'industria della macerazione della canapa da parte del De Vito Piscicelli ed altri proprietari dei fondi superiori, con l'interesse dell' igiene e dell' agricoltura reclamato dal Barracco proprietario del fondo inferiore.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

ROMA, 7 marzo 1901 — *Pres*. Caselli — *Est*. Natali = Papazzo ed altri c. Pachi ed altri.

1. *È ineleggibile a consigliere comunale chi abbia parte in servizi o somministrazioni del Comune, anche se la partecipazione avvenga solo di fatto e senza una formale convenzione* (1).

2. *Applicazione al caso del farmacista che somministra medicinali ai poveri per conto ed a spese del Comune, sebbene non abbia col Comune stesso stipulata al riguardo una formale convenzione* (2).

Eletti a consiglieri comunali di Caulonia i farmacisti Luigi Franco e Nicola Papazzo, reclamò Michelangelo Pachi, pel motivo che essi avevano direttamente parte nei servizi del Comune, perchè somministravano medicine ai poveri, percependo le somme all'uopo stanziate nel bilancio del medesimo Comune.

Il Consiglio comunale, con l'intervento dei due eccepiti consiglieri, al 25 ag. 1899, rigettò il reclamo; ma la Giunta prov. amm. di Reggio Calabria, con deliberazione 3 dic. 1899, e la Corte di Catanzaro, con sentenza 6 febb. 1900, ritennero la ineleggibilità dei suddetti Franco e Papazzo, come quelli che avevano parte diretta e permanente nei servizi del Comune, per la somministrazione delle medicine ai poveri, nell'interesse del Comune medesimo, che ne pagava loro il valore. Ricorrendo contro tale sentenza all'8 genn. 1900, i farmacisti Franco e Papazzo dedussero la violazione e falsa applicazione dell'art. 23 della legge com. e prov. 4 maggio 1898, e sostennero che la provvisoria somministrazione dei medicinali a tariffa speciale, senza contratto scritto col Comune, era rimasta modificata dalla legge sanitaria e dalla relativa tariffa, in guisa tale da non essere più possibile alcun attuale e permanente conflitto d'interesse col Comune, perchè il prezzo dei medicinali forniti ai poveri è liquidato dall'Ufficio sanitario provinciale, senza ingerenza da parte del detto Comune,

Con le controdeduzioni di Michelangelo Pachi si sostennero le teorie della Corte di merito, e si presentò un atto notorio per dimostrare che il Sindaco si rifiutò di accogliere le ripetute istanze per aver copia di alcuni documenti relativi alla causa.

Con la sentenza impugnata si ritenne la esistenza di un accordo tra il Comune di Caulonia ed i farmacisti Franco e Papazzo, per la somministrazione delle medicine ai poveri a tariffa speciale, impegnandosi di anno in anno il fondo all'uopo stanziato nel bilancio, a profitto degl'interessati. Trattavasi, dunque, di somministrazioni sovvenute al Comune, con interesse diretto dei farmacisti, che non potevano perciò riunire la doppia qualità di sorveglianti, come consiglieri comunali, e di sorvegliati, come somministratori delle medicine, ai sensi dell'alinea 7 dell'art. 23 della legge comunale e prov. 4 maggio 1898.

La mancanza di una formale convenzione scritta era supplita così dalle solenni deliberazioni consigliari, che di anno in anno approvavano ed aumentavano le somme stabilite nel bilancio per le suaccennate somministrazioni, come dal fatto delle stesse somministrazioni, nell'interesse del Comune, che le pagava ai farmacisti. D'altro canto, la legge non richiede una formale convenzione che può essere spesso mascherata od occultata, per comprovare la ineleggibilità di quelli che direttamente, o indirettamente, hanno parte nelle somministrazioni sovvenute in qualsiasi modo dal Comune; ma basta il fatto, comunque accertato, di aver parte in tali somministazioni, per dar luogo alla contrarietà, che si è voluta evitare, tra gli interessi dei sorvegliati, derivanti dai particolari accordi, e le funzioni dei sorveglianti, non abolite dalla legge sanitaria in vigore.

La impugnata sentenza si è attenuta strettamente alle disposizioni di legge, e non merita le censure invocate dai ricorrenti Franco e Papazzo.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

NAPOLI, 5 marzo 1901 — *Pres*. Salvati — *Est*. Burali d'Arezzo = Masanotti c. Palmisano.

1. *La integrazione del giudizio coll'intervento delle parti interessate, a sensi dell'art. 469*

(1-2) In senso contrario, ma a torto, secondo il nostro modo di vedere, le decisioni e sentenze citate e censurate dal DELITALA, *Elezioni amministrative*, nella *Enciclopedia*, n. 62.

c. p. c., deve essere ordinata d'ufficio, qualora le parti non vi provvedano (1).

2. *Conseguentemente, è nulla la sentenza d'appello che, non essendo stata chiamata nel relativo giudizio una parte intervenuta già in primo grado, ometta di pronunciare sull'interesse di questa parte nel secondo giudizio, agli effetti della sua integrazione* (2).

3. *La eccezione della mancanza d'integrazione del giudizio può essere sollevata in cassazione per la prima volta.*

Col primo motivo dei due ricorsi principale ed adesivo a ragione si chiede annullarsi la denunziata sentenza per irregolare ed illegittima costituzione del giudizio.

Invero l'art. 469 c. p. c. contiene una duplice disposizione: per la prima è tenuto l'appellante integrare il giudizio di appello, quando non vennero citate tutte le parti che hanno interesse di opporsi alla riforma della sentenza di primo grado, tranne che trattisi di cosa divisibile ovvero dichiari di accettare la sentenza riguardo alla parte non citata nel giudizio di appello; con l'altra disposizione poi dell'articolo stesso s'impone l'obbligo al magistrato di appello di rilevare la inosservanza di tale regola anche di ufficio e di ordinare la integrazione.

Le espressioni infatti adoperate dal detto art. 469: « il giudizio di appello si deve integrare con l'intervento delle altre parti interessate », accerta che non trattisi, per l'autorità giudicante, di semplice facoltà, bensì di obbligo impostogli; sicchè deve adempiersi di uffizio, nè potrebbe andarsi in opposto parere ove si consideri che la integrazione non ha per sua finalità di disporre un mezzo d'istruzione, bensì di completare il giudizio di riforma chiamandosi coloro che mentre fecero parte del giudizio di prima istanza non furono citati in appello, massime se si rifletta che il giudizio di secondo grado non è che la prosecuzione di quello di prima istanza, ed è mestieri perciò che nella nuova fase di appello la causa sia definita in contraddizione di tutti coloro che sono stati parte nel giudizio di primo grado e che hanno interesse a veder confermata la sentenza dei primi giudici.

Ribadisce codesto concetto l'estremo che tale adempimento riguarda la legittima costituzione del giudizio, vale il dire una eccezione di ordine pubblico, ond'è che ben la si può dedurre anche per la prima volta in cassazione mentre invece soltanto le eccezioni che si limitano all'interesse esclusivo delle parti, non è dato proporle per la prima volta davanti questo Supremo Collegio, da chi vi abbia rinunziato sia espressamente, sia tacitamente.

Se è vero che è sottratta all'esame della cassazione la disamina sul se la parte non citata in appello aveva interesse ad opporsi alla dimanda di riforma della sentenza, dacchè siffatta disamina si compendia in un giudizio di apprezzamento di fatto, non è men vero d'altronde che merita censura il pronunziato che abbia omesso all'intutto codesta disamina sulla integrazione dell'appello delle parti che non vi furono citate mentre figurano nel primo stadio.

È còmpito invero del magistrato accertare se il giudizio di appello siasi contestato con tutti coloro che intervennero nel giudizio di prima istanza e disporre di ufficio la integrazione di quelli che avendo interesse ad opporsi alla riforma della sentenza appellata non vennero citati in appello, ovvero di riconoscere non necessaria la loro presenza: il perchè il pronunziato che omette all'intutto codesta disamina merita censura. La violazione del ripetuto articolo rendesi nel rincontro tanto più evidente in quanto che la dimanda del creditore pignorante sig. Palmisano venne in prima sede proposta in contraddizione del debitore pignorato signor Curri e del terzo pignorato sig. Mitrano a norma dell'art. 611 n. 6 c. p. c.; il sig. Masanotti avanzò alla sua volta domanda contro il terzo pignorato Mitrano chiedendo il pagamento del prezzo del vino che affermava di sua spettanza, ed il Pretore adìto, stimando le prove, riconobbe che il sig. Masanotti con prove più sicure e certe aveva dimostrato di appartenersi a costui il vino venduto al Mitrano, senonchè nel fine di rendere pienamente provata la sua domanda, deferivasi giuramento suppletorio sul se fosse di sua esclusiva pertinenza il vino acquistato dal Mitrano, ma sull'appello del signor Palmisano notificato soltanto al sig. Masanotti senza citarsi il debitore sig. Curri, nè il terzo sig. Mitrano, il tribunale in grado di appello riteneva invece di spettanza del debitore il vino pignorato e condannava il terzo sig. Mitrano a soddisfare il prezzo al creditore pignorante sig. Palmisano. Ora è manifesta la violazione così dell'art. 656, col quale in applicazione del principio generale della integrazione del giudizio si prescrive nel giudizio di appello dalle sentenze pronunziate nei giudizî di esecuzione mobiliare deve essere citato il debitore, come dell'articolo 38 c. p. c. pel quale non può statuirsi sopra alcuna domanda se non citata la parte contro cui si propone. Nel rincontro con la denunciata sentenza emessa in seconda sede si condanna il terzo pignorato Mitrano a

(1-2) Cfr. da ultimo LESSONA, *Manuale della proc. civ.*, p. 293.

soddisfare il prezzo del vino al sig. Palmisano senza citarlo in appello, mentre fece parte del giudizio di prima istanza, e, a dippiù, con la sua dichiarazione di quantità aveva sconosciuto ogni suo obbligo verso il debitore pignorato Curri e per esso verso il creditore pignorante sig. Palmisano ed eravi eziandio altra domanda avanzata dal sig. Masanotti contro il Mitrano per il pagamento della somma stessa.

Laonde i giudici di merito, tralasciando ogni qualsiasi disamina sulla integrazione del giudizio di appello con i detti signori Curri e Mitrano, mentre avevan fatto parte del giudizio di prima istanza, senza dubbio violavano la legge e le norme sulla integrazione del giudizio, massime se si consideri che la dimanda del sig. Palmisano per la riforma della sentenza appellata venne notificata al sig. Masonotti entro il termine legale in che contro tutte le parti intervenute in prima istanza era consentito appellarne. — L'altro motivo del ricorso si riferisce alle quistioni di merito e rimane assorbito dalla quistione pregiudiziale in ordine alla illegittima costituzione del giudizio di appello e perciò la causa deve essere rimandata al magistrato di rinvio onde pronunzi *ex integro* su tutta la materia controversa in grado di appello.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

TORINO, 4 febbraio 1901 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Prato — *P. M.* Garelli — Carbone c. Fallimento Carbone.

Anche quando il commerciante dichiarato fallito risieda all'estero ed abbia nel Regno soltanto una succursale deve osservarsi il termine di 8 giorni stabilito dall'art. 693 c. comm. a favore del fallito per fare opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento (1).

Come riconosce lo stesso ricorrente, la legge commerciale non prescrive in modo qualsiasi la notificazione delle sentenze dichiarative di fallimento alla persona del fallito; ma a quella notificanza, che è voluta per le sentenze in altre materie, ha sostituito la pubblicazione nei modi, luoghi e termini indicati dall'art. 912 c. comm. La Corte di merito, colla denunciata sentenza, come già il tribunale, ha in linea di fatto ritenuto che la Ditta Carbone & C. di Montevideo aveva una succursale in Genova; e che ivi erano state fatte le pubblicazioni prescritte dal citato art. 912, fra cui quella avvenuta il 27 marzo 1896 mediante affissione alla porta esterna del tribunale, della sentenza 14 stesso marzo, colla quale erasi dichiarato il fallimento della predetta Ditta e soci di essa fratelli Carbone. In linea di diritto poi osservò che la opposizione alle sentenze dichiarative di fallimento deve essere dal fallito fatta avanti lo stesso tribunale che le ha proferite entro otto giorni dall'affissione alla porta esterna del tribunale, termine questo che è perentorio ed improrogabile; dal che conchiuse che non poteva essere accolta l'opposizione che il ricorrente Carbone aveva creduto di inoltrare soltanto dopo più di tre anni, vale a dire nel dicembre 1898.

Poste così le cose, la Corte genovese, non che violare, ha fatto retta ed esatta applicazione degli art. 693, 912 c. comm., che col 1.° mezzo del ricorso si lamentano violati e falsamente applicati; giacchè, a parte l'osservazione che non è per nulla negato che il fallito abbia diritto di fare opposizione nel senso dell'ultimo dei citati articoli, il quale non fu perciò violato, la ragione del decidere trova il suo pieno fondamento nel chiaro e preciso disposto dell'art. 693 citato codice, il quale prescrive che il termine ivi fissato, di giorni otto per l'opposizione, deve decorrere, indipendentemente da qualsiasi altra pubblicazione o notifica, dalla data dell'affissione della sentenza alla porta esterna del tribunale.

Le disposizioni dell'art. 912, dettato più che nell'interesse del fallito in quello dei suoi creditori, non possono trovare applicazione al caso di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, pel quale provvede l'art. 693; e questo, per ragioni di ordine pubblico e per assicurare il sollecito svolgimento della procedura di fallimento, fissa in giorni otto a partire dalla affissione alla porta esterna del tribunale della sentenza, affissione che è pure uno dei modi di pubblicazione voluti dall'art. 912, il termine in cui il fallito può promuovere la sua opposizione, o la domanda di revoca del fallimento.

Siccome poi, giusta l'art. 685 c. comm., le forme del procedimento nei fallimenti

(1) Cfr. Trib. Milano, 22 settembre 1896 in *Mon. Trib.*, 1897, 14. E il LUCIANI, *Tratt. del fallimento*, II ediz., n. 214, osserva che i termini stabiliti dalla legge non sono mai prorogabili, neanche per ragione di distanza della residenza dell'opponente dal luogo dove il fallimento si svolge. « È sommamente importante, in una materia nella quale le decisioni giudiziali affettano i diritti di gran numero di persone, che i termini siano non soltanto ristretti entro i limiti del puro necessario, ma determinati in modo fisso e invariabile, sicchè le pronunzie acquistino, dopo il loro decorrimento, stabilità riguardo a tutti ».

sono anche regolate dal codice di procedura civile, e questo all'art. 416 stabilisce che i termini per impugnare le sentenze sono perentori, e la decadenza ha luogo di diritto e deve pronunziarsi anche d'ufficio, così bene giudicò la Corte genovese, dichiarando tardivamente proposta l'opposizione del Carbone alla sentenza del tribunale di Genova 14 marzo 1896, colla quale erasi dichiarato il fallimento suo e della Ditta di cui era socio, perchè *longe et ultra* trascorso il termine fissato dal citato art. 693 c. comm. Nè vale il dire che non potesse quel termine decorrere per il ricorrente in quanto che la sentenza dichiarativa del fallimento non venne anche pubblicata a Montevideo, ove la sua Ditta aveva la sua principale sede: imperocchè, a parte l'essersi in fatto ritenuto dalla Corte di merito che la Ditta eserciva in Genova atti di commercio, e che la sentenza era stata pubblicata, oltre che alla porta esterna del tribunale, anche negli altri luoghi stabiliti dalla legge, il termine per tutti decorre non da altre pubblicazioni, ma sì solo da quella che avviene mediante affissione alla porta esterna del tribunale, affissione che in confronto del Carbone faceva inesorabilmente decorrere il termine dal 27 marzo 1896.

Dimostrato con quanto si è finora detto, come a ragione siasi dichiarata intempestiva ed improponibile la domanda del ricorrente, cadono le censure che formano oggetto del II mezzo.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

TORINO, 2 febbraio 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Mussita — *P. M.* Cavalli = Guerrana c. Poccardi.

Il rappresentante di commercio risponde in proprio di fronte al terzo contraente, delle operazioni compiute nell' interesse del rappresentato, qualora non abbia firmato colla clausola per procura, *e dichiarato che agiva per conto esclusivo del rappresentato, quando anche il suo contraente conoscesse già simile circostanza* (1).

Relativamente alla dichiarazione imposta agli istitori e rappresentanti di case estere dagli articoli 371 e 376 cod. comm., il ricorso riproduce con lievi varianti il seguente brano della denunciata sentenza: « Non vi ha dubbio che la dichiarazione debba essere in termini tali da escludere ogni possibilità di equivoco, debba cioè da essa la controparte risultare, con formola chiara e precisa, diffidata che il rappresentante intenda agire unicamente ed esclusivamente per conto e come mandatario della Ditta estera; e così di non assumere personalmente alcuna responsabilità. Non basta che colui che contratta col rappresentante di una casa estera conosca tale qualità dell'altro contraente, e sappia che contratta nell'interesse della medesima; e neppure alla dichiarazione voluta dall'art. 371 può equivalere, come si verificò attualmente nella lettera 4 novembre 1898 del Giuseppe Guerrana, il fatto che abbia proposto o confermato un contratto nella qualità di rappresentante della Ditta estera, non verificandosi in tali espressioni quella esplicita dichiarazione di contrattare esclusivamente per conto e quale mandatario di quella Ditta, che solo, anche secondo la più benigna interpretazione dell'articolo 371 c. comm. potrebbe supplire all'indicazione nella sottoscrizione, di cui ivi si parla ».

Riprodotto con qualche inesattezza questo brano di sentenza, il ricorso deduce che tale pronuncia offende la lettera e lo spirito della legge, la quale secondo gli art. 371 e 376 non deve essere intesa nel senso che ad eliminare la responsabilità in proprio dell'istitore o del rappresentante occorra che la menzione *per procura* od altra equipollente abbia sede nella firma del contratto, ma sia sufficiente all'uopo che la dichiarazione di agire non per sè, ma quale rappresentante altrui, si contenga nel corpo od in qualunque parte del contratto.

Secondo il ricorso pertanto la Corte di merito fraintese e falsamente applicò gli art. 371 e 376 c. comm.

Indarno il ricorso tenta dar corpo colle sue deduzioni alle denunciate violazioni.

La sentenza ha fatta giuridica ed esatta applicazione tanto dell'art. 371 quanto dell'art. 376 c. comm. Dessa si reggerebbe anche sulle basi del brano riprodotto, ma ben altra è la sua motivazione.

Ha esordito coll'osservare che l'istitore deve sempre trattare a nome del preponente, deve nella sua sottoscrizione indicare, oltre il proprio nome e cognome, il nome, cognome o la Ditta del preponente colla clausola *per procura*, od altra equivalente; che in mancanza di tale dichiarazione assume obbligazione personale, e che tale disposizione è applicabile ai rappresentanti di case commerciali e società estere, che trattano e concludono abitualmente in nome e per conto di essa nel regno gli affari appartenenti al loro commercio.

(1) Cfr. A. Milano, 22 febbraio 1898, in *Monitore dei Tribunali*, 1898, 406. Basterebbe però che la sua qualità risultasse dal contesto dell'atto sottoscritto? Così la Cass. Torino, 20 agosto 1895, in *Filangieri*, 1895, 851; *Contra:* VIVANTE, cit. ivi in nota; e certo la lettera della legge è precisa ed esplicita.

Ha così cominciato la sentenza colla letterale riproduzione degli articoli 371 e 376 c. comm. concernenti il primo gli istitori, il secondo i rappresentanti, e di fronte a questa precisa riproduzione è assurda la censura che ne sia rimasta offesa la lettera, come sul principio si enuncia. Del pari è insussistente ne sia rimasto offeso lo spirito.

La successiva motivazione non è che una parafrasi di queste premesse. Qualche ridondanza di parole, connaturale alla parafrasi, non muta il concetto e la sostanza di quanto è disposto dai precitati art. 371 e 376, i quali agli istitori, come ai rappresentanti di case commerciali estere impongono:

1.° L'obbligo di trattare sempre a nome del preponente;

2.° L'altro obbligo di indicare nella sottoscrizione, oltre il proprio nome e cognome, il nome e cognome o la Ditta del preponente colla clausola *per procura* od altra equivalente: colla conseguenza che in mancanza di tale dichiarazione viene ad assumere obbligazione personale.

Due pertanto sono le obbligazioni cui il rappresentante di case commerciali estere deve ottemperare con effetto che l'adempimento dell'una non esonera dall'esecuzione dell'altra, sia perchè ambedue sono coi detti articoli imposte dal legislatore, sia perchè l'una e l'altra è consigliata nell'interesse del commercio, da una parte nei rapporti dello stesso rappresentante onde rimanga chiarito se stipula e contrae responbilità personale in proprio, o quale mandatario della casa estera; dall'altra nei rapporti fra l'altro contraente e la stessa casa estera, la quale, non essendo intervenuta nel contratto, deve trovare nella relativa scrittura la dichiarazione esplicita e chiara del suo rappresentante di avere agito e stipulato quale suo mandatario.

Ora la Corte di merito ha ritenuto che se Guerrana ha dichiarato di agire, se Poccardi ha ripetuto che Guerrana agiva quale rappresentante della casa estera Y. Artin & C. di Calcutta, mancava nella firma la clausola *per procura*, e senza arrestarsi a questo punto, non rifiutava la propria adesione al concetto che all'istitore od al rappresentante potesse giovare l'identica od equivalente dichiarazione nel corpo dell'atto, ma aggiungeva: che alla dichiarazione voluta dall'art. 371 non poteva equivalere l'essersi nella lettera 4 novembre 1898 proposto o confermato un contratto nella qualità di rappresentante della Ditta estera, nell'interesse della quale si agiva, non verificandosi in tali espressioni quella esplicita dichiarazione di contrattare esclusivamente per conto e quale mandatario di quella Ditta.

È evidente essere questo un apprezzamento dei magistrati del merito, insindacabile in questa sede, pienamente conforme col disposto dell'art. 371 c. comm.: articolo che non può reputarsi violato dal fatto che la Corte di merito abbia usato l'inciso « esclusivamente per conto e quale mandatario » mentre l'art. 371 vuole soltanto la clausola *per procura* od altra equivalente.

Fu già notato che è una ridondanza da parafrasi che non muta la sostanza; ed invero la clausola *per procura* sta per escludere una stipulazione per conto ed in nome del rappresentante e la personale sua responsabilità, assodando quella della casa estera mandante.

Non sussistono pertanto le violazioni degli art. 371 e 376 c. comm. sia pure col sussidio delle norme interpretative di cui nell'articolo 3 disp. prel. c. c., nè a sussidio del ricorso giova ricordare la precedente sentenza di questo Supremo Collegio 20 agosto 1895 fra le Ditte Streiff & Crespi, essendosi la medesima fondata sulla dichiarazione inserta nel contesto della scrittura *per conto della Ditta Dürst-Hosly di Bombay*; dichiarazione che nè la sentenza, nè il ricorso, seppero rinvenire nelle lettere scambiate fra Guerrana e Poccardi ed alla quale per apprezzamento insindacabile della Corte di merito non corrisponde la semplice indicazione di rappresentante.

—

ROMA, 19 gennaio 1901 — *Pres.* ed *Est.* Caselli = Partini c. Finanze.

A termini dell'art. 17 della legge 8 luglio 1883 sulla bonifica dell'agro romano sono esenti dall'imposta per un decennio:

per natura, *tutti indistintamente i fabbricati dell'agro romano e non solamente quelli destinati alla bonifica dell'agro stesso;*

per posizione, *tutti i fabbricati fuori della cinta daziaria di Roma e quindi anche quelli costruiti nell'antico suburbio* (1).

L'ingegnere Cesare Partini costruì in Roma fuori porta Angelica, nell'angolo delle vie Ottaviano e Germanico, un fabbricato al quale aveva dato principio nel 1884, e pretese di godere l'esenzione decennale dalla relativa imposta ai termini dell'art. 17 della legge 8 luglio 1883 concernente il bonificamento dell'agro romano, che la concede per i fabbricati di qualunque natura costruiti nell'agro medesimo fuori la cinta daziaria della città.

---

(1) Cfr. stessa Corte, 19 aprile 1894 in *Mon. Trib.*, 1894, 462.

Dopo avere sperimentato la via amministrativa, nella quale la sua istanza fu accolta dalla Commissione comunale, ma fu respinta dalle Commissioni superiori, adì il Partini l'autorità giudiziaria, citando avanti il tribunale di Roma l'Amministrazione delle Finanze, che sosteneva essere l'esenzione limitata a quei fabbricati costruiti unicamente al fine del miglioramento agrario, e che fossero stati, come opera di bonificamento, approvati dalla Commissione agraria, giusta gli art. 4 e 5 detta legge. Il tribunale accolse la dimanda del Partini, la rigettò invece la Corte d'appello. Ma il Supremo Collegio cassò la sentenza della Corte d'appello rinviando la causa a quella di Perugia.

Innanzi alla Corte di rinvio la Finanza sostenne che, se non fosse stato di ostacolo la natura di semplice fabbricato ad uso di abitazione, sarebbe mancata una delle condizioni materiali volute dalla legge, per essere il fabbricato costruito non nell'agro romano, ma in una zona del suburbio, e che, pur supponendo che questa zona fosse compresa nell'agro romano, avrebbe essa cessato di appartenervi con la pubblicazione del piano regolatore dell'8 marzo 1883, il quale, prima già della legge sul bonificamento dell'agro romano, aveva congiunta la mentovata zona al perimetro della città.

La Corte di Perugia, uniformandosi ai principî ritenuti dal Supremo Collegio intorno alla questione sulla natura e specie dei fabbricati dichiarati esenti per 10 anni dalla imposta, ed osservando che la legge 8 luglio 1883 nell'accordare l'esenzione si era riferita non al piano regolatore, ma alla cinta daziaria, rigettò l'appello della Finanza. Impugnato con ricorso da parte dell'Amministrazione il pronunziato della Corte di Perugia, fu cassato per difetto di motivazione, essendo parso al Supremo Collegio che non si fosse motivato sulla nuova deduzione della ricorrente, e fu rinviata la causa alla Corte di Bologna. E questa con sentenza 17 luglio 1896 rigettò la domanda del Partini.

Denunziata tale sentenza alle Sezioni Unite del Supremo Collegio, fu dalle stesse dichiarata la competenza della Sezione civile per giudicare del nuovo ricorso contro la sentenza medesima.

Si sostiene dal ricorrente che la Corte di merito abbia violato e falsamente applicato l'art. 17 della legge 8 luglio 1883, l'art. 3 delle disp. prel. c. c. e l'art. 517 n. 3 c. p. c.

Si sostiene inoltre la violazione degli articoli 1 e 2 di detta legge, e dei più elementari principî di giustizia.

Dalla Finanza si deduce che debba dichiararsi inammissibile il proposto ricorso, per essersi la Corte di rinvio uniformata al principio di diritto fermato dal Supremo Collegio con la sentenza con la quale annullava il pronunciato della Corte perugina.

Dalla Finanza dello Stato due eccezioni, successivamente dedotte, si facevano contro la dimanda del Partini.

Con una prima, e non mettendo ancora innanzi la distinzione tra agro romano e suburbio, si sosteneva che i fabbricati i quali avrebbero potuto godere del beneficio concesso dall'art. 17 della legge 1883, si fossero quelli che servir dovevano al fine che la legge si proponeva, il bonificamento nei rispetti agricoli dell'indicato territorio.

Siffatta deduzione era stata accolta dalla Corte di Roma.

Ma dal Supremo Collegio si considerò al proposito che, se era vero che la massima « prior est ac potentior quam vox, mens dicentis » fosse prevalente all'altra « in verbis claris non est admittenda voluntatis quaestio », siffatta prevalenza si poteva soltanto avere, quando la voce non fosse chiara e precisa, e si prestasse per incertezza ed imprecisione a diversa interpretazione. Nella specie però fosse efficacissima ed intollerante di qualsiasi limitazione la usata locuzione « fabbricato di qualunque natura ».

Si considerò inoltre che alla chiara parola rispondesse anche la *mens dicentis*, mirandosi con l'incoraggiamento della fabbricazione di edifici di qualunque natura al più sicuro e proficuo miglioramento della città di Roma. Ed a togliere ogni dubbio sulla intelligenza estensiva dell'art. 17 bastasse il ricordare che, ritenuta incompleta la proposta ministeriale, fu nella discussione che seguì alla Camera dei deputati sostituito all'art. 14 della proposta medesima la disposizione dell'art. 17.

Avanti il Senato ed all'ufficio centrale sorse il dubbio, che essendo esenti da imposta i fabbricati che si fossero costruiti fuori la cinta daziaria della città, avrebbe potuto accadere che alcuni si fossero giovati della detta concessione per costruire abitazioni civili alle porte stesse della città, con grave danno del Comune e dei proprietari della case nell'interno delle mura. E nella tornata del 6 luglio il senatore Cannizzaro sollecitò il Governo perchè avesse presi i provvedimenti necessari a riparare agli accennati inconvenienti.

È degna di considerazione la risposta del Magliani, ministro delle Finanze, di rimanere lo spirito delle nuove disposizioni fino ad un certo punto sempre lo stesso, ma che ad evitare qualunque dubbia interpretazione e qualunque inconveniente, il Comune di Roma avrebbe probabilmente trovato utile di allargare la cinta daziaria, riportandola alla distanza di tre chilometri, come era

prima, per impedire l'esenzione d'imposta sui fabbricati troppo vicini, e per rinchiudere nella cinta sottoposta a dazio i nuovi possibili quartieri. E così l'art. 17, come era stato proposto dalla Camera elettiva, venne approvato.

Uniformatasi la Corte di Perugia al pronunziato del Supremo Collegio e definitivamente respinta la fatta eccezione, si propone dalla Finanza l'altra eccezione con la quale, invocando la distinzione che si faceva durante il regime pontificio tra agro romano e suburbio, si fece a sostenere che la disposizione dell'art. 17 riguardasse i fabbricati costruiti nell'agro romano e non quelli edificati nel suburbio.

La legge 8 luglio 1883 fu preceduta da quella dell'11 dic. 1878 avendo entrambe la intestazione di bonificamento dell'agro romano.

Con l'art. 1 della legge 1878 si dispose che per provvedere al miglioramento igienico della città e campagna di Roma, e nell'interesse della nazione, sarebbe stata intrapresa la bonificazione dell'agro romano, dichiarata di pubblica utilità. Questo primo articolo adunque, in relazione della intestazione della legge, si occupa dell'agro romano.

Con l'art. 2 poi in quest'agro si comprende una zona di terra per un raggio di circa dieci chilometri dal centro di Roma, considerando per tale il migliario aureo del Foro.

Questa zona che secondo il legislatore del 1878 faceva senza distinzione parte dell'agro romano, corrispondeva a quella estensione di terra che durante il Governo pontificio prendeva il nome specifico di suburbio.

Con il detto articolo, e mentre con la lettera *a* e *b* si prescrive il prosciugamento delle paludi e degli stagni e di ogni luogo palustre dell'agro medesimo, con la lettera *c* si dispone il bonificamento anche nei rispetti agricoli della determinata zona. Non fu tenuto conto perciò della vecchia distinzione tra agro romano e suburbio, e se pure si fosse voluta ritenere tuttavia vigente la distinzione medesima, se ne dovrebbe sempre conchiudere che sotto l'unica intestazione di bonificamento dell'agro romano si vollero bonificare non solo quelle estensioni che durante il Governo pontificio avevano il nome di agro romano, ma anche quella zona che corrispondeva al suburbio.

Ma sia qualunque il nome che si voglia dare alla ripetuta zona, è sempre indiscutibile che si volle il bonificamento, anche nei rispetti agricoli, di quei terreni, che partendo dal centro di Roma si estendevano per circa dieci chilometri.

Seguì la legge del 1883, e giova il ripeterlo, portando anch'essa la generica intestazione di bonificamento dell'agro romano. Con l'articolo primo si prescrive che a tenore dell'art. 2 lett. *e* della legge 1878 fosse obbligatorio il bonificamento suddetto per tutti i proprietari di terreni compresi nell'indicato raggio a partire dal centro di Roma.

Questa essendo la intelligenza che si deve dare alle disposizioni degli art. 2 della legge 1878 e 1 dell'altra 1883, occorre ora esaminare, quale è la intelligenza che debba darsi all'art. 17 della seconda legge. Si legge in detto articolo: « Coloro che nell'agro romano, anche oltre la zona indicata nell'art. 1, costruiranno fuori la cinta daziaria fabbricati di qualunque natura, godranno l'esenzione dalla relativa imposta durante dieci anni, da che questi saranno abitati, o atti all'uso al quale sono destinati ».

Siffatta disposizione non è relativa più ad una determinata estensione di terreni, ma riguarda tutto l'agro romano, compresa la zona indicata nell'art. 1 con la limitazione però di accordarsi il beneficio della esenzione decennale ai fabbricati costruiti fuori la cinta daziaria.

Il comprendere la cennata zona nell'agro romano è un'altra dimostrazione, oltre a quanto si è detto innanzi, che per il legislatore del 1883 non si distinguesse la città di Roma in tutto o in parte dall'agro romano, e conservasse invece l'antico nome di suburbio.

La parola *anche* usata dal legislatore non potrebbe avere un significato diverso da quello che ha per i grammatici, il significato cioè di una congiunzione copulativa che importa continuazione o accrescimento.

Inoltre, bene interpretando la disposizione dell'art. 17, messo in relazione con l'art. 1, se ne dovrà conchiudere che con la disposizione suddetta s'intese significare che il beneficio della esenzione decennale fosse concesso, oltre ai fabbricati che si sarebbero costruiti nella zona che costituiva il precipuo scopo di tutta la legge, anche a quelli che si fossero edificati in tutto il resto dell'agro romano.

Non ha poi valore l'obiezione che si è fatta dalla Corte di merito, e che si desume dalle proposte e dalle discussioni che precedettero la legge del 1883, d'essersi constatato che, mentre la zona in questione aveva la estensione di oltre 30,000 ettari, una parte ammontante a circa 7000 ettari fosse già coltivata, e quindi non soggetta all'obbligatorietà del bonificamento. Lo si dispose invece per tutta la indicata zona, salvo a non attuarsi in quella estensione in cui non fosse stato richiesto, e senza che dalla disposizione della legge fosse risultato che la estensione già bonificata non avesse avuto soluzione di

continuità, e che fosse sita in prossimità della città di Roma. Secondo la parola della legge invece l'opera di bonificamento doveva aver principio dal centro di Roma, considerando per tale il migliario aureo del Foro.

Deve considerarsi inoltre che se all'obbligo del bonificamento non sarebbero stati tenuti i proprietari di terreni già bonificati, non si sarebbe potuto ritenere escluso dal beneficio della esenzione decennale colui che avesse fabbricato un edifizio in una parte della suindicata zona già ridotta a coltura intensiva, posto mente che la disposizione dell'art. 17 ha una finalità diversa da quella a cui mira l'art. 1 della legge.

La Corte bolognese ha avuto la cura di trascrivere tutte le disposizioni delle due leggi, le modificazioni apportate dalla Camera dei deputati all'art. 14 della proposta ministeriale, sostituendovi l'art. 17, e la discussione che ebbe luogo in Senato a causa di detta sostituzione. Ma ben ponendo mente a siffatta discussione, ne avrebbe dovuto trarre la conseguenza d'esser destituito di ogni fondamento l'assunto della Finanza dello Stato. Imperocchè, se fosse stato vero che l'art. 17 avesse riguardato i fabbricati costruiti oltre il suburbio, non vi sarebbe stata ragione di fare la detta discussione, e sarebbero stati del tutto infondati i timori che si manifestavano dall'ufficio centrale e dal Cannizzaro, e sarebbe stato un non senso la risposta del Ministro delle Finanze, e l'eccitazione al Comune di allargare la cinta daziaria, riportandola alla distanza di tre chilometri, ed impedire così l'esenzione dalla imposta ai fabbricati troppo vicini all'abitato.

La vera e sicura interpretazione dell'articolo 17 si ha, quando ben s'intendano gli art. 2 lett. *e* della legge 1878 e 1 della successiva legge 1883. Per le disposizioni contenute nei detti articoli è evidentissimo che si intese comprendere nell'agro romano, secondo la intestazione delle leggi stesse, i dieci chilometri che circondavano la città di Roma, aventi come centro il migliario aureo di detta città, e quindi si volle sotto il nome di agro romano il bonificamento di quella estensione che sotto il Governo pontificio prendeva il nome di suburbio.

E se ciò è indiscutibile, ne segue che non sia possibile dare una interpretazione diversa all'art. 17, quando accorda il beneficio dell'esenzione decennale a coloro che fabbricano edifizi non solo nell'agro romano in genere, ma anche in quella zona contemplata dall'art. 1 con la indicata distinzione e limitazione, che mentre il bonificamento doveva eseguirsi a partire dal centro di Roma, e per i terreni ai quali fosse occorsa l'opera del bonificamento, per i costruttori di fabbricati si accordava il beneficio soltanto dalla cinta daziaria.

Sarebbe un concetto veramente strano di ritenere che, mentre negli art. 2 della legge 1878 e 1 dell'altra 1883 la zona in essi indicata perde il nome di suburbio, lo ripigliasse poi, senza che lo si esprimesse, trattandosi dell'altra e più efficace opera di bonificamento, derivante dalla costruzione di edifici destinati ad uso di abitazione.

P. q. m., cassa e rinvia

ROMA (Sez. unite), 17 gennaio 1901 — *Pres.* ed *Est.* Rocco-Lauria = Pasi c. Consorzio per il canale di Riolo e Comune di Castelfranco Emilia.

L'autorità giudiziaria è competente a conoscere dell'azione con la quale un privato compreso in un consorzio, sostenendo la illegale costituzione del medesimo, pretenda di esserne dichiarato escluso.

Nel Comune di Castelfranco Emilia per la sistemazione e manutenzione del canale di Riolo fu costituito un consorzio.

Nel ruolo dei consorziati fu iscritto anche Giuseppe Pasi. Costui con atto 24 febb. 1895 si oppose alla costituzione del consorzio, ma ciò malgrado il consorzio fu omologato con decreto 4 luglio 1895.

Il Pasi allora promosse dinanzi al tribunale di Bologna azione perchè si dichiarasse non tenuto esso Pasi in alcun modo a stare nel consorzio per la sistemazione e manutenzione del canale di Riolo, e che il suo nome si radiasse dall'elenco dei consorziati con esonerarlo da ogni obbligo o peso. Chiese condannarsi il Consorzio in persona del Sindaco alla restituzione delle tasse pagate.

Il tribunale, osservando che l'azione era rivolta contro la costituzione del Consorzio, dichiarò incompetente l'autorità giudiziaria a giudicarne.

Il Pasi interpose appello e concluse che in riforma della sentenza appellata, premessa, ove occorra, la dichiarazione essere stato illegalmente costituito il Consorzio per la sistemazione e manutenzione del canale di Riolo, si proclamasse competente l'autorità giudiziaria a conoscere della domanda formulata dal Pasi, tendente alla restituzione delle quote da lui pagate. L'adita Corte di Bologna confermava la sentenza del tribunale.

Il Pasi ricorre alle Sezioni Unite. Sostiene, fra le altre cose, che il Consorzio di Riolo non siasi legalmente costituito.

Sebbene il Pasi avesse insistito nella domanda di non far parte del Consorzio intercomunale di Riolo, volendovi rimanere estraneo pel danno che gliene derivava, pure

con isvariate deduzioni (che la motivazione della sentenza accenna) non mancò d'impugnare la validità della costituzione di detto Consorzio, in quanto che questa non sarebbesi eseguita in modo conforme alle leggi corrispondenti; anzi tale impugnativa venne in appello dal Pasi posta in primo luogo, giacchè, come sopra è narrato, egli nella parte conclusiva della sua comparsa concluse che, riformata la sentenza appellata, si dichiarasse essere stato *illegalmente* costituito il Consorzio per la sistemazione e manutenzione del canale Riolo. Niente importa che codesto capo conclusivo s'invocasse nella ipotesi in cui occorresse, tornando ben chiaro che, invocata una volta, presentavasi, come presentasi, per ciò stesso quale indagine logicamente pregiudiziale.

Interpretate così le deduzioni del Pasi dal Supremo Collegio, che in materia di competenza è giudice di fatto e di diritto, non rimane che cassare la sentenza impugnata col ricorso, dichiarando la competenza giudiziaria ordinaria per decidere se il Consorzio siasi costituito in modo conforme alle leggi, in applicazione dell'art. 5 della vigente legge sul contenzioso amministrativo. Non accade occuparsi di quello che dispone l'art. 124 della legge sulle opere pubbliche 20 marzo 1865 modificato dalla legge 30 marzo 1893. Con tali disposizioni non si è punto derogato al surriferito art. 5 del contenzioso amministrativo.

P. q. m., dichiara competente, ecc.

NAPOLI, 22 dicembre 1900 — *Pres.* Santamaria-Nicolini — *Est.* Cianci — Bovenzi c. Ditta Singer.

Il procuratore ad litem può validamente fungere da testimonio, dopo l'estinzione del mandato, purchè tale estinzione non appaia l'effetto di un artificio predisposto (1).

Non può dirsi altrettanto circa il testimone Giuliano che nella qualità di procuratore aveva sostenuta la ragione di Maria Teresa Penna nel giudizio di primo grado.

Allorchè il mandato sia estinto, manca la ragione sufficiente a mantenere il principio della incapacità assoluta del procuratore a deporre *in iustitia*, essendo cessata la funzione legale della rappresentanza del mandante.

Sarebbe ben diverso il caso in cui si avesse di fronte una rinuncia o revoca del mandato fatta callidamente per opportunità, cioè per presentare il mandatario a fare testimonianza, ma qui non trattandosi di simili maneggi per sorprendere la giustizia, ed invece essendo cessato ogni vincolo fra il Giuliano e la parte cui prestò la sua difesa innanzi al pretore, il tribunale non potrà escluderlo dal far testimonianza senza confondere le cause di incapacità con le cause di suspicione e senza dare una interpretazione estensiva alle prime, che sono indicate in modo tassativo dall'art. 236 c. p. c.

In vero l'art. 288 c. p. p. pur esime l'avvocato dal fare testimonianza sui fatti a lui rivelati dal cliente, di guisa che è lasciato alla coscienza del mandatario il fare testimonianza su ciò che deve dire e su ciò che deve tacere come segreto professionale. Da ciò può trarsi altro argomento, che quando l'avvocato o procuratore abbia già abbandonato il patrocinio della causa o restituito il mandato per motivi estranei alle circostanze su cui è chiamato a deporre, la incapacità precedente, che era fondata sulla comunanza d'interessi fra lui ed il cliente, si converte in una semplice ragione di sospetto da valutarsi insieme alla fatta testimonianza. Il difensore è anzi obbligato a deporre sui fatti avvenuti in sua presenza (Cass. di Napoli 18 luglio 1871, *Legge* X, pag. 765), come è obbligato ogni cittadino di fare testimonianza in giudizio, specialmente quando essa sia attinente a fatti da lui conosciuti altrimenti che per confidenza del cliente.

Sì che per questa parte concernente il causidico Giuliano, chiamato per testimone, la denunziata sentenza non può salvarsi dal chiesto annullamento.

TORINO, 17 dicembre 1900 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Bozzi — *P. M.* Piroli — Avezzano c. Carunchio.

Non può in appello dedurre la incompetenza per territorio il convenuto, comparso in primo giudizio, anche soltanto per chiedere rinvii (1).

Se la dottrina e la giurisprudenza sono discordi nel risolvere la questione, se il convenuto che fu contumace in prima sede possa in appello, purchè lo faccia prima d'ogni altra difesa, utilmente opporre l'incompetenza per territorio, per contrario è a

(1) Cfr. De Giuli, *Prova testimoniale*, nella *Enciclopedia giuridica*, p. 689; A. Roma, 23 ottobre 1897 (*Filangieri*, 1898, 384, colla nota); A. Genova, 23 dicembre 1895 (*Ib.*, 1896, 378, colla nota).

(1) Cfr. da ultimo, riguardo al contumace, Trib. Milano, 6 febbraio 1899, in questo *Filangieri*, 1900, 302 col richiamo.

ritenersi fuori contesa, e fu sempre da questo Supremo Collegio dichiarato, che quando il convenuto non fu in primo giudizio contumace, ma comparve, non sollevò alcuna eccezione d'incompetenza *ratione loci*, e limitandosi a chiedere rinvî, non deliberò poscia sulle istanze attrici, non può più in appello ripudiare quella competenza che col suo silenzio ebbe a riconoscere ed accettare. La parte che chiamata regolarmente in giudizio, si presenta, non solleva eccezioni e non delibera in merito, dimostra da un canto di accettare la competenza del giudice, e dall'altro di rimettersi alla di lui saviezza per la decisione, ed il giudice, mentre non può d'ufficio sollevare e ripudiare la competenza territoriale, è chiamato a risolvere la controversia secondo l'allegato ed il provato. Non vale opporre che le rinuncie non si presumono, quando è la legge stessa che riconosce e stabilisce appunto in base a presunzione la inaccettabilità di tardive eccezioni. Del resto l'art. 187 c. p. c. prescrive che l'incompetenza per territorio deve essere proposta prima di ogni altra istanza e difesa, e la domanda di rinvio fatta al giudice è pure un' istanza, anzi dalla giurisprudenza è ritenuta anche atto di procedura valevole ad interrompere la perenzione.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

PALERMO, 19 luglio 1900 — *Pres.* Majelli — *Est.* Barba — *P. M.* Caruso — Giambelluca c. Cangelisi.

Ben può il giudice conciliatore sentire nuovi testimoni anche dopo compiuto l'esame testimoniale.

Superficialmente il Pretore di Castelbuono esaminò la questione che è materia di questo 1 mezzo.

Il titolo IV del cod. proc. civ. che tratta del procedimento, è diviso in sei capi, nei quali tratta del procedimento formale e sommario avanti i diversi magistrati collegiali, in ordine retrogrado di autorità, e negli ultimi due capi tratta « del procedimento davanti i pretori e del procedimento davanti i conciliatori ».

Ciascun capo, dal II in poi, contiene la prescrizione che « tutto ciò che non è regolato espressamente in ciascun capo, il procedimento prende norma dalle disposizioni del capo precedente, in quanto siano applicabili ». E per quanto riguarda il procedimento davanti ai conciliatori, questa prescrizione è contenuta nell'art. 464.

Secondo questa norma il Pretore di Castelbuono avrebbe dovuto cominciare dall'esaminare se nel capo VI di detto titolo c'era disposizione alcuna che potesse aver rapporto alla questione proposta in questo mezzo, del se, cioè, compìto l'esame testimoniale, possa il conciliatore sentire altri testimoni e passare poi a fare lo stesso esame nel capo precedente, ove nulla avesse trovato nel capo VI, e non venire, come fece, all'applicazione diretta degli art. 229 e seguenti detto codice, che sono proprie del procedimento dei tribunali ed in parte anche dei pretori.

Se questa norma avesse seguìto, avrebbe trovato nel capo VI, proprio nel procedimento davanti ai conciliatori, che davanti a questi giudici i giudizi sono spediti senza formalità, art. 448, e che il conciliatore è il moderatore della procedura e dell'istruzione della causa, potendo egli fare d'ufficio tutto quello che stimi conveniente all'istruzione della causa, art. 454; avrebbe trovato che, precisamente per quanto riguarda la prova testimoniale, l'art. 453 ne prescrive concisamente le norme, e che il susseguente articolo 454 attribuisce al conciliatore la facoltà suddetta di fare quello che stimi conveniente per l'istruzione della causa, a cominciare dal sentire altri testimoni; avrebbe trovato che la parola della legge, oltre allo spirito, autorizza il conciliatore, quando stimi conveniente di sentire altri testimoni, fare una verificazione od ordinare una perizia », ed è notevole la locuzione *sentire altri testimoni* che si riferisce al precedente art. 453, che ha regolato la prova testimoniale per esprimere il legislatore il concetto che intende parlare di *altri testimoni* oltre di quelli intesi nell'esame di cui nel precedente art. 453, cioè anche ad esame testimoniale compìto.

Tutto ciò, è uopo notarlo, è organico nei giudizi avanti ai conciliatori, la cui missione, anche nei giudizi, è quella di impartire giustizia più equa che rigorosamente giusta a scapito anche delle forme, ragione per cui, col primo articolo, 448, che tratta del procedimento davanti ai conciliatori, il legislatore ebbe cura di dire che « davanti ai conciliatori i giudizi sono spediti senza formalità ».

Invero il Pretore di Castelbuono nella denunciata sentenza fece ricordo dell'articolo 454, ma lo ricordò capovolgendo la prescrizione dell'art. 463 su ricordato, applicando cioè prima le regole sancite dagli articoli 229 e segg. che sono proprie dell'istruzione davanti i tribunali ed in parte davanti i pretori, e ricordando per ultimo l'art. 454, che è speciale pei giudici conciliatori. Così non potè egli apprezzarne tutta la portata, avendo smarrito la retta via che era quella di dover partire dalle norme proprie e speciali ai giudizi avanti i conciliatori, e passare poi a quelle proprie ai pretori e ai tribunali, e non viceversa, come fece.

La denunciata sentenza deve perciò essere cassata.

P. q. m., annulla e rinvia.

—

NAPOLI, 10 luglio 1900 — *Pres.* Salvati — *Est.* Calabria = Accoto c. Coppola.

L'appellante contumace può, presentandosi prima della prolazione della sentenza, invocare il beneficio della comparizione tardiva di cui all'art. 386 c. p. c., per riparare gli effetti della domanda di rigetto senza esame (1).

La signora Cleonice Coppola, nel 12 aprile 1899, citò innanzi al pretore di Vernale, Accoto e figli pel pagamento di un residuo di fitto in L. 1212.50 scaduto al 25 luglio 1898 per tacita riconduzione della masseria S. Elaurio.

Il convenuto Accoto eccepì che l'affitto fu ridotto per convenzione orale dopo il termine della locazione scritta, e quindi essere dovuta somma minore già offerta. Subordinatamente domandò di provare i fatti dedotti.

A sua volta l'attrice eccepì l'incompetenza del pretore a conoscere del preteso contratto verbale, e si oppose alla prova perchè contraria all'atto autentico, rinnovato per tacita riconduzione.

Il pretore rigettò tutte le eccezioni e pronunziò in conformità del libretto; appellò Accoto per l'incompetenza esclusa, e per la prova testimoniale negata.

All'udienza fissata l'appellante non fece iscrivere la causa a ruolo, ma ciò fece Coppola, e fu rinviata la causa stessa al 23 agosto. Neppure si presentò Accoto, e l'appellante Coppola chiese il rigetto dell'appello senza esame.

Nel 24 agosto, Accoto presentò la sua comparsa tardiva e con ordinanza presidenziale fu sospesa la prolazione della sentenza.

Nel merito Accoto riprodusse le eccezioni di prima istanza, ed aggiunse la chiamata in causa del marito della signora Coppola ed a costui deferì il giuramento sulla posizione di fatto già delineata nel primo grado ed in appello.

Il tribunale si soffermò al rigetto dell'appello senza esame.

Contro tale sentenza Accoto ricorre per annullamento pei seguenti motivi:

1.° Violazione e falsa applicazione degli art. 386, 488, 360 e 517 c. p. c., per avere il tribunale rigettato senza esame l'appello del ricorrente Accoto, malgrado che questi fosse comparso prima della sentenza, e si fossero, con apposito decreto, riaperti i termini per la discussione in contradditorio.

Col I mezzo si ripropone all'esame di questo Supremo Collegio la quistione già tante volte dibattuta e decisa, quella cioè di sapere se l'appellante contumace possa comparire e purgare la sua contumacia anche dopo la domanda del rigetto dell'appello senza esame.

Tranne qualche caso non recente, ormai può dirsi fermata la giurisprudenza di questa Corte nel senso favorevole al contumace, preferendosi così la più benigna interpretazione, che evita disastrose decadenze.

Riesaminati sul ricorso di che trattasi i vecchi argomenti, e in difetto di nuova obbiezione, la Corte non può che uniformarsi alle precedenti decisioni. E qui senza venire inutilmente a ripetere tutte le ragioni pro e contro addotte, basteranno i seguenti rilievi a porgere la ragione di decidere, che anche oggi si adotta.

Premesso che, non adempiendosi la costituzione di procuratore, in conformità degli art. 158, 159 e 390 c. p. c. si avveri la contumacia nei sensi di legge, cosiffatta condizione giuridica può aversi così rispetto all'attore come in rapporto al convenuto, epperò l'uno o l'altro viene allora assumendo la figura giuridica di contumace.

Gli art. 380 e 381 c. p. c., apertamente distinguono la contumacia dell'attore da quella del convenuto, e ne determinano le giuridiche conseguenze. E l'art. 386 c. p. c., quando dispone che non ostante la dichiarazione di contumacia, e fino a sentenza definitiva, il contumace possa presentarsi e difendersi, riferiscesi manifestamente tanto all'attore quanto al convenuto, che non abbia nominato procuratore. Parimenti negli art. 407 e 440 capoverso, medesimo codice, la parola generica di *parte* abbraccia la figura dell'attore e quella del convenuto. La qual cosa interviene appunto perchè si vuol tutelare con l'istituto della contumacia, la libertà della difesa della parte che dapprima non volle, o non fu in grado, contro sua volontà, di presentarsi a sostenere la domanda, se attore, o combatterla se convenuto. Onde è che l'attore può in primo grado comparire tardivamente con comparsa, per la medesima ragione deve essere ammesso a purgare la contumacia l'appellante che è attore nel giudizio di appello, in cui è altresì applicabile l'art. 386, scritto sotto la sez. XII, lib. IV, cap. I, lib. 1 del citato codice, che regola i procedimenti davanti i tribunali e le Corti di appello.

Nè varrebbe obiettare che l'art. 386 possa applicarsi sol quando l'appellato non abbia

(1) Cfr. da ultimo, stessa Corte, 10 aprile 1899 in questo *Filangieri*, 1899, 505 col richiamo.

richiesto il rigetto di appello senza esame, perciocchè l'art. 489 nel concedere cotesto diritto, non deroga al precedente art. 386, ma contiene una norma nuova pel giudizio di appello tra l'appellato comparso e l'appellante non comparso, subordinando cotal diritto alla condizione che l'appellante si avvalga del beneficio dell'art. 386 prima della prolazione della sentenza. Nè da ultimo potrebbe parlarsi di diritto quesito dell'appellato, essendo quello di cui trattasi soggetto a condizione, la quale vien meno col fatto permanente della comparizione tardiva prima della prolazione della sentenza.

D'altronde non si può intendere quesito un diritto *contra santionem iuris*, la quale presuppone l'abbandono del gravame, che sarebbe inconciliabile con la presenza della parte pronta a difendersi.

Ai quali rilievi, in ultimo, non sarà superfluo di aggiungere che l'eminente giureconsulto che fu il Vacca, in un suo discorso inaugurale giudiziario, dopo avere preso parte alla compilazione del codice di procedura civile, dichiarò essere per lui certezza che i compilatori del codice non ebbero punto in mente di creare una grave decadenza per favorire la speranza al rigetto dell'appellazione senza esame a discapito della libertà della difesa che deve essere sempre sacra ed intangibile.

P. q. m., cassa, ecc.

—

NAPOLI. 9 ottobre 1900 — *Pres.* Antonucci — *Est.* Cosenza — Com. di Napoli c. De Rosa.

Non è denunziabile per cassazione la sentenza arbitrale resa sopra un compromesso che conteneva la rinunzia all'appello (1).

La quistione che col contro-ricorso si presenta all'esame di questo Supremo Collegio fu non ha guari decisa nel senso di non essere ammissibile il ricorso per annullamento contro una sentenza pronunziata dagli arbitri inappellabilmente.

Ora non si presentano ragioni così convincenti in contrario da indurre il Collegio ad adottare un'opposta sentenza. E di vero gli stessi sostenitori della tesi dell'ammissibilità non fan ricorso alla lettera della legge, perchè non la ritengono ad essi favorevole, ma invece dicono che la Cassazione alla quale fu affidata l'altissima missione di vigilare all'osservanza della legge, debba avere il potere di sindacare anche le sentenze inappellabili, e che la rinunzia al gravame ordinario non porta come conseguenza anche quella ai gravami straordinari.

Ma è facil cosa rispondere all'uno ed all'altro argomento.

La *mens legis* si rileva con le parole. Ora le parole in questa materia son troppo chiare e manifestano lucidamente e precisamente la volontà del legislatore di vietare il ricorso delle sentenze inappellabili, « ubi in verbis nulla est ambiguitas non debet admitti voluntatis quaestio ». Ma a prescindere da ciò e pur volendo investigare da quai pensiero fosse stato guidato il legislatore nel dettare gli art. 123 della legge sull'ordinamento giudiziario e gli art. 31 e 517 c. p. c., da quello cioè di volere la massima speditezza negli affari che sia per la minima loro importanza sia per la celerità con la quale debbono essere trattati non possono tollerare le ambagi di una lunga lite o lo sperpero di molto danaro per vederne la fine.

Gli art. 655 e 702 c. p. c. e 913 c. comm. sono la prova più certa di questo concetto cioè che questa specie di affari debbono esaurirsi con unico pronunziato. Ora ammettere per essi il ricorso e poi un possibile rinvio e poi forse un secondo ricorso sarebbe frustrare il pensiero del legislatore e ripristinar quello che egli volle bandire.

La Cassazione sta per vigilare l'esatta applicazione della legge, ma sempre in relazione dell'interesse delle parti; e quando il ricorso anzichè giovare loro reca nocumento fu prudente consiglio il vietarlo. L'errore di legge sarà sempre emendabile nell'interesse della dottrina, giusta l'art. 519 c. p. c.

È dunque l'interesse delle parti che ha guidato il legislatore nel dettare gli articoli di sopra cennati. Esso ha voluto che nella materia di sopracennata tutta la contesa venisse decisa da un sol pronunziato come pure che quando le parti evitando i giudici ordinari vollero che tutto fosse inappellabilmente deciso da persone da esse elette, in questo caso la loro volontà deve essere rispettata senza che si potesse dar luogo a pentimento di sorta. Le parti debbono badar soltanto a fare una buona scelta e non altro.

Aggiungasi a tutto ciò che in materia di arbitri inappellabili un annullamento distruggerebbe il compromesso e rinvierebbe le parti ad un nuovo giudizio *ex integro* che col contratto vollero evitare.

Ed allora resta quello che fu precedentemente ritenuto, cioè che gli art. 517 c. p. c. e 123 della legge sull'ordinamento giudiziario chiamano la Cassazione a conoscere dei ricorsi prodotti contro le sentenze sia civili sia commerciali proferite in grado d'appello,

(1) Cfr. da ultimo Cass. Firenze, 24 gennaio 1901 in questo *Filangieri*, 1901, 197 colla nota. V. pure stessa Corte, 11 marzo 1901, *Ib.*, 1901, 445 col richiamo.

e l'art. 31 della stessa legge di rito in conformità dei due primi sancisce che sol quando gli arbitri abbiano pronunziato in grado di appello sia lecito alle parti di sperimentare il rimedio straordinario del ricorso per cassazione; che la legge mette gran differenza tra le sentenze inappellabili e quelle pronunziate in grado di appello come chiaramente rilevasi dal detto art. 123 della legge organica giudiziaria nonchè dagli art. 638 e 641 c. p. p. e che la diversità immensa che corre tra i due pronunziati non poteva sfuggire come non sfuggì agli occhi del legislatore; che tutto quello che si può argomentare in contrario s'infrange nella parola e nello spirito della legge, la quale chiara come è scritta rifugge da ogni interpretazione che ne volesse alterare il dettato.

P. q. m., dichiara inammissibile il ricorso.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

MILANO, 17 aprile 1901 — *Pres.* Faini — *Est.* Desenzani = Manzoni *utrinque.*

Nei giudizi di esecuzione mobiliare il termine per appellare è di quindici giorni solo allorquando si tratti di questioni di forma (1).

Sull'eccezione pregiudiziale d'improcedibilità rituale dell'appellazione, per essersi interposta dopo trascorsi i 15 giorni dalla notificazione della sentenza.

La questione sollevata dalla parte appellata è tutt'altro che nuova nei fasti giudiziali, ma ormai può dirsi concorde la giurisprudenza nell'interpretazione da darsi all'art. 656 c. p. c., e cioè nella massima che il minor termine statuito da quest'articolo riguardi esclusivamente le sentenze emesse nei giudizi di esecuzione mobiliare sovra questioni riflettenti la forma, ossia la procedura esecutiva. La Suprema Corte romana, con recente giudicato del 27 sett. 1900, in causa Giampuzzi (*Mon. dei Trib.* 1901, p. 207), assai a proposito notava come la legge presume che le sentenze pronunziate nei giudizi di esecuzione non abbiano che a risolvere questioni di pura forma, ed in tale supposto le divise in due categorie dichiarando inappellabili quelle di minore importanza (art. 655) e riducendo il termine dell'appello per quelle di maggiore importanza (art. 656). Per tutte le altre sentenze che riguardano la validità del titolo esecutivo, od altra qualsiasi questione di merito, « dalla cui risoluzione dipenda il diritto di procedere, oppure no, alla esecuzione », il termine per appellare non può essere che quello ordinario stabilito dall'art. 485 c. p. c., come ne offre la più completa dimostrazione l'articolo 657 cod. stesso coll' escludere dalle prementovate due categorie perfino le sentenze pronunziate nei giudizi di esecuzione mobiliare sovra controversie che non siano di pura forma (art. 616) e che vertano sulla dichiarazione fatta dal terzo pignorato.

Perciò la precipua indagine da farsi si è quella di vedere se la sentenza appellata verta sull'andamento della procedura esecutiva, o piuttosto sovra una vera questione sostanziale di merito.

E per risolvere tale punto controverso, basterà por mente alla circostanza incontestabile che la vertenza sollevata dal Salvatore Manzoni, colla citazione introduttiva del giudizio di prima sede, non riguardava menomamente la violazione delle norme da seguirsi nel procedimento per esecuzione mobiliare, dettate dal codice di rito da quel capo IX, del lib. II, tit. II, che disciplina appunto gli appelli dalle sentenze pronunciate in quei giudizi, ma sibbene la tesi dell'efficacia retroattiva dell'offerta reale, 8 settembre 1900, a produrre la nullità del pignoramento 30 agosto 1900.

Si sollevò adunque colla citazione, e si risolse colla sentenza reclamata, una vera questione collegata al merito della causa sulla invalidità del pignoramento, in dipendenza di ragioni sostanziali e non già per violazione di formalità procedurali. Conseguentemente tempestivo e non serotino fu l'appello prodotto contro detta sentenza nel termine statuito dall'art. 485 c. p. c.

BOLOGNA, 15 marzo 1901 — *Pres.* Petrilli — *Est.* Melli = Centofanti c. Scarpa.

L'art. 91 c. p. c. non è applicabile in materia di obbligazioni derivanti da fatto illecito dannoso (1).

Le parti sono pacifiche nell' ammettere che l' azione dall' appellante intentata è

(1) Cfr. da ultimo Lessona, *Man. della proc. civ.*, p. 402 e in tema di esecuzione immobiliare, cons. A. Catania, 8 luglio 1895 (*Filangieri*, 1895, 702) e A. Palermo, 6 luglio 1894, colla nota (*Ib.*, 1894, 2, 283).

(1) Cfr. da ultimo Lessona, *Man. della proc. civ.*, pag. 57. Negli stessi sensi pure Mattirolo, *Tratt. di dir. giud. civ.*, I, n. 854; Cuzzeri, *Sull'art. 91*,

di risarcimento dei danni da lui risentiti pel fatto illecito dello Scarpa; per avere cioè questi proceduto in odio di lui ad un pignoramento alla base di un titolo cambiario pel quale era in suo confronto decaduto dall'azione di regresso. È dunque indubitato che si tratta dell'azione per un'obbligazione sorta da un delitto o quasi delitto, di una obbligazione unilaterale, cui è estraneo ogni accordo fra le parti.

Stando così le cose, ed essendo noto che il concetto dal quale mosse il legislatore nel dettare la disposizione dell' art. 91 c. p. c. è la presunzione (Pisanelli, Relazione al detto codice) che nei casi ivi specificati abbiano le parti voluto tacitamente convenire la competenza eccezionale, che era principalmente ammessa in diritto romano sotto il nome di *ratione contractus* o *destinatae solutionis*, presentasi manifesto che, non essendo possibile parlare di convenzione se non sia intervenuto l'*in idem placitum consensus*, che è caratteristica della bilateralità dell'atto, la disposizione in esame contempla le obbligazioni bilaterali e non le unilaterali.

Aggiungi: la legge parla di *obbligazioni contratte*. Ora essendo risaputo che, secondo il significato letterale della parola, *contrarre è stabilire concordemente, è patto fra uomini singoli o società*, diventa evidente che, non potendosi parlare di concordia o di patti nelle obbligazioni naturali, la sanzione contempla le obbligazioni contrattuali; sicchè soltanto per queste è il detto articolo applicabile.

Vero è che la legge, disponendo all'articolo 1097 che « obligationes nascuntur aut ex contractu, aut ex maleficiis, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris » (Inst., § 2 *de obl.*), dimostra che talora alla parola contrarre dà anche il significato più lato di incontrare, assumere, adossarsi e simili. Ma non per questo può mutarsi di avviso; perocchè è canone che nell'applicazione della legge non è lecito attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla chiara intenzione del legislatore; e ciò essendo, è necessario ritenere che qui abbia usato la parola contrarre nel suo vero e proprio significato, massime se è intuitivo che da un atto unilaterale non possa sorgere una tacita convenzione, se nessun accordo, e di nessuna specie, è intervenuto fra l'autore dell'atto contrario alla legge ed ai diritti altrui, e colui a cui danno fu l' atto stesso consumato.

D'altronde l'alinea del detto art. 91, disponendo che in materia commerciale le azioni personali e le azioni reali sui beni mobili possono proporsi davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce, prova in modo luminoso che contempla soltanto le obbligazioni bilaterali, perchè promessa e consegna esigono imprescindibilmente l'intervento di almeno due persone, un accordo che, come si disse, non è possibile nell' ipotesi del delitto o del quasi delitto.

P. q. m., conferma, ecc.

---

n. 3. — In senso difforme v. però il BASSANI, *Forum contractus*, in *Ann. di proc. civ.*, XVI, v. *Competenza*. Egli sostiene *a*) che la lettera della legge non vieta di estendere la competenza del *forum contractus* alle obbligazioni nascenti da quasi-contratto, delitto e quasi-delitto. Infatti, benchè l'art. 91 parli del luogo *in cui l'obbligazione fu contratta*, non se ne può dedurre che il legislatore abbia voluto accennare soltanto a quelle obbligazioni derivanti da un accordo bilaterale, perchè il legislatore stesso adopera il vocabolo *contrarre* anche alludendo ad obbligazioni aventi ben altra causa, come all'art. 1095 c. c. parlando degli obblighi del donatario, nell'articolo 1141 stesso codice precisando le obbligazioni del gestore di negozi e nell'art. 1218 trattando delle obbligazioni in genere. *b*) Che fondamento logico dell'art. 91 non è la presunta tacita elezione di domicilio consentita dalle parti, ma la competenza speciale in detto articolo stabilita è un prodotto, una manifestazione della giurisdizione del magistrato, la quale si afferma sulle persone e sulle cose esistenti, sugli atti compiuti nel suo territorio. *c*) Che per diritto romano e medievale *contractus* era anche il quasi contratto ed ogni altro fatto onde origina l'obbligazione. *d*) Che non si può trarre alcun argomento dalla legge francese, perchè questa manifestamente non considera il *forum contractus* altro che in materia di commercio.

GENOVA, 26 febbraio 1901 — *Pres.* ed *Est.* Magliani — Contri c. P. M. e altri.

Il semplice curatore ai beni di un incapace non ha diritto di far parte del consiglio di famiglia.

Due sono le questioni proposte all'esame della Corte.

Consiste la seconda nel sapere se il curatore ai beni di un minore possa far parte del di lui consiglio di famiglia.

Sulla seconda questione la Corte osserva che a termine dell'art. 251 c. c. oltre il Pretore e quattro consulenti faranno altresì parte del consiglio di famiglia il tutore, il protutore e pel minore emancipato il curatore.

Da ciò risulta chiaro il concetto del legislatore nel volere che facciano parte del consiglio di famiglia anche coloro che rappresentano la persona del minore in tutti i suoi rapporti civili, e questi sarebbero appunto

il tutore, il protutore ed il curatore pel minore emancipato, i quali sono dati non solo ai beni, ma eziandio alla persona del minore.

In appoggio di questa tesi si avrebbe adunque la lettera e lo spirito della legge.

La lettera, perchè col succitato art. 251 essendo state designate le persone che faranno altresì parte del consiglio di famiglia, ed essendosi detto che queste sono il tutore, il protutore e pel minore emancipato il curatore, è conseguenza logica e giuridica il ritenere che altre persone, e quindi anche il curatore *ad bona* soltanto, ne siano esclusi, « inclusio unius est exclusio alterius ».

Lo spirito, perchè la legge vuole e non può non volere che nelle adunanze del consiglio di famiglia fosse anche presente il vero interessato, cioè il minore, e per la sua incapacità giuridica chi lo rappresenta legalmente; quindi tanto il tutore, quanto il curatore pel minore emancipato sono chiamati a far parte del consiglio di famiglia appunto perchè sono dati anche alle persone del minore e lo rappresentano in tutti i suoi rapporti civili, mentre il curatore di un minorenne figlio di madre che sia passata a seconde nozze, sarebbe dato soltanto per amministrarne il patrimonio risiedendo la rappresentanza della di lui persona nella madre in virtù del diritto di patria podestà che per legge le viene conferita.

D'altronde le attribuzioni del curatore, avvocato Virginio Contri, essendo limitate all'amministrazione dei beni della minore Carrani-Massa, il di lui còmpito si risolverebbe in un mandato *ad negotia* statogli conferito dal consiglio di famiglia; ed allora se il medesimo, come pretende, potesse formar parte di detto consiglio, si verificherebbe il fatto anormale che nella di lui persona si concentrerebbero le due qualità di mandante e mandatario, il che non sarebbe consentito dalla legge positiva, nè tampoco dalla legge morale.

Quindi l'assunto del curatore avv. Contri trovandosi respinto e dalla lettera e dallo spirito della legge, non è il caso di ricorrere a materie analoghe per risolvere la questione, e tanto meno alle disposizioni relative al tutore, come sostiene l'avv. Contri, dappoichè il tutore avendo la rappresentanza del minore, per disposizione di legge forma parte del consiglio di famiglia, mentre il curatore *ad bona* non avendo quella rappresentanza ne viene escluso. — Trovandosi queste due qualità ben distinte l'una dall'altra ed anche regolate con diverse disposizioni di legge abbastanza chiare, ne segue che non si può fare richiamo all'art. 3 disp. prel. c. c., secondo il quale si può ricorrere alle disposizioni che regolano casi consimili a materie analoghe qualora soltanto una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge.

P. q. m., conferma, ecc.

—

MILANO, 25 gennaio 1901 — *Pres.* Clerici — *Est* Bulfoni = Marchetti c. Lamsweerde.

Non è nulla l'offerta reale, per il semplice motivo che sia stata fatta in un giorno festivo.

Dopo di avere coll'atto di appello fatto rimprovero alla sentenza del tribunale di aver disconosciuto la vera natura della convenzione qui registrata il 10 aprile 1900, e di non aver correttamente apprezzate le ragioni per le quali la offerta reale doveva aversi per nulla, o quanto meno come inefficace ad ovviare alla incorsa caducità del contratto d'affitto, il Marchetti colle odierne sue conclusioni vorrebbe dimostrare:

a) che l'offerta reale 1.° aprile 1900 è nulla perchè fatta in giorno festivo senza permissione di giudice, e perchè la somma offerta è inferiore a quella dovuta; *b*) che la domanda di risoluzione d'affitto per colpa del Lamsweerde doveva essere accolta anche nel caso che si potesse ritenere che le due scritture registrate il 18 aprile 1899 e il 10 aprile 1900 abbiano dato vita a due distinte convenzioni; *c*) che la testimoniale doveva dichiararsi inammissibile, o perchè irrilevante o perchè resistita dall'art. 1341 c. c., o perchè riflettente fatti non specificatamente dedotti a termini dell'art. 229 c. p. c., o perchè riflettente materia che entra nel còmpito di periti.

Occorre impertanto esaminare se o meno gli appunti mossi dall'appellante alla sentenza del tribunale siano fondati.

In quanto all'offerta reale, che per l'articolo 902 c. p. c. può essere fatta sia col ministero di notaio, sia col mezzo d'usciere o del cancelliere di pretura, non si ravvisano fondate le censure fatte dall'appellante alla sentenza in esame. Infatti l'art. 42 c. p. c. col suo primo capoverso stabilisce che gli atti di citazione e di notificazione, qualunque sia la natura dell'atto notificato possono farsi nei giorni festivi; mentre col secondo capoverso prescrive che in tali giorni non si possono fare atti di esecuzione se non in caso d'urgenza e colla permissione del pretore; e coll'ultimo capoverso si richiama al regolamento generale giudiziario per gli altri atti giudiziari che possono farsi nei giorni festivi. E il citato regolamento, all'art. 304, dichiara che nei giorni festivi si possono dare tutti i provvedimenti d'urgenza,

ed eseguire gli atti ad essi relativi, e ne enumera alcuni, fra i quali non può certamente annoverarsi l'atto di offerta reale.

Laonde, tenuto presente che il disposto dell'art. 42 c. p. c. fu inspirato dal rispetto che si deve al domicilio del cittadino e dall'interesse della pubblica quiete per quanto ha tratto al divieto di eseguire certi atti in giorno festivo, mentre per quanto concerne il permesso di notificare gli atti di cui al primo capoverso sarebbe motivato dalla circostanza che nei giorni festivi più facile può riuscire, specie nei centri rurali ed alpestri, di trovare le persone a cui gli atti devono essere notificati; e considerata l'indole e natura dell'offerta reale che, come ben rilevò il tribunale, in sostanza non è altro che una notificazione di una pura e semplice diffida a ricevere, la quale, per di più, può tornare giovevole allo stesso diffidato, sembra non potersi revocare in dubbio che sia da annoverarsi fra i semplici atti di notificazione contemplati dal primo capoverso dell'articolo medesimo. Fa una strana distinzione l'appellante tra l'offerta reale di che agli art. 903 c. p. c. e 1260 c. c. e la notificazione del processo verbale di cui all'art. 904 c. c., per conchiudere che quest'ultima soltanto sarebbe compresa dal primo capoverso dell'art. 42 c. p. c. Imperocchè l'ufficiale che procede all'offerta reale ne fa processo verbale in cui deve essere accennato, fra l'altro, la risposta del creditore, la sua accettazione o il suo rifiuto e le ragioni di questo; e soltanto nel caso di rifiuto o di assenza del creditore, gli notifica la copia del processo verbale nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Invocare l'analogia tra l'offerta reale e l'atto di protesto, per ciò solo che l'una e l'altro possono eseguirsi tanto a ministero d'usciere che di notaio, è un disconoscere la natura differente fra quei due atti, mirando il primo a liberare da una obbligazione o ad evitare decadenze, e tendendo il secondo ad ottenere un pagamento o ad accertarne il rifiuto da parte dell'obbligato per le conseguenze di legge, ed essendo per quest'ultimo atto dall'art. 296 c. comm. accordato di poterlo fare non più tardi del secondo giorno *non festivo* dopo quello stabilito per il pagamento.

---

c) — TRIBUNALI.

MILANO, 25 maggio 1901 — *Pres.* ed *Est.* Bassi V. P. = Mazzoli c. De Carlini.

La normale austriaca 10 ottobre 1835 sulle farmacie non stabiliva vincoli o privilegi pei quali si possa dire che secondo l'art. 68 della legge sanitaria rimanga nelle province del Lombardo-Veneto tuttora sospeso il libero esercizio della farmacia (1).

L'attivazione della nuova legge sanitaria per quanto riguarda l'esercizio farmaceutico ha dato luogo a molte e diverse questioni che vennero ricordate nella diligente conclusionale della parte attrice. Basandosi sul disposto dell'art. 26 della legge che stabiliva il libero esercizio farmaceutico, molte farmacie libere si aprirono in molte parti d'Italia. Contro le medesime però presto insorsero le vecchie farmacie, ed invocando il disposto dell'art. 68 della legge, sostennero che erano ancora in vigore i vecchi privilegi; che in base a questi, e fino a che non fosse con altra legge regolata l'indennità da darsi per la loro cessazione, non potevano aprirsi altre farmacie, le quali ledessero il diritto di quelle privilegiate. I Tribunali e le Corti decisero la questione in modo diverso. La Cassazione di Torino con giurisprudenza *costante* si manifestò per la conservazione del privilegio, ritenendo che anche le vecchie farmacie del Lombardo-Veneto fossero privilegiate; la Corte di Brescia e quella Suprema di Firenze si mantennero in opposta opinione, mentre le altre Corti furono oscillanti. Con tutto l'ossequio dovuto ai giudicati della Corte torinese, ritiene il Collegio sia più fondata in diritto l'opinione professata da quelle di Brescia e Firenze, e in più occasioni anche da quella di Roma, alla quale quindi dà la preferenza. È indubitato che tutta la legislazione odierna dei popoli liberi e civili è inspirata al concetto della più ampia libertà nell'esercizio dei mestieri e delle professioni, compresa anche quella sanitaria, libertà che è solo regolata per la tutela della salute pubblica. Lo stesso esercizio dell'avvocatura era in Lombardia vincolato nel numero e nella sede e sottoposto al pagamento di L. 300 circa per il posto. Questi vincoli, che costituivano

---

(1) In senso conforme, però agli effetti penali, v. da ultimo Cass. Roma, 5 luglio 1900, in questo *Filangieri*, 1900, 871 col richiamo. È noto il dissenso, e la sentenza vi accenna, della S. C. torinese: per conto nostro, accederemmo piuttosto, nella gravissima controversia, al parere della Cassazione.

per gli investiti una specie di privilegio, vennero tolti dalle leggi vigenti, senza che i danneggiati pensassero a muovere reclami appunto perchè conoscevano di non essere investiti di un vero e proprio privilegio. È infatti canone antico e inconcusso di diritto che i privilegi, in quanto offendono il diritto comune, devono essere interpretati in modo rigoroso e restrittivo. Come insegna il Sabelli nella Summa: « privilegium est ius singulare quod contra tenorem rationis et iuris propter aliquam utilitatem constitutum est, et stricte interpretandum ».

D'altra parte non può neppure dubitarsi, e lo riconobbe la stessa Corte suprema di Torino, che l'art. 26 legge sanitaria ha implicitamente sancito anche in Italia il principio del libero esercizio farmaceutico, non richiedendo per l'apertura di una nuova farmacia che un semplice preavviso di 15 giorni al Prefetto.

Può ritenersi che l'applicazione di questo principio debba essere tenuto in sospeso dal tenore dell'art. 68 stessa legge? Ecco la prima questione a decidere. Dispone infatti questo articolo: « Sarà presentato nel corso di cinque anni dalla promulgazione della presente legge apposito progetto di legge per l'abolizione dei *vincoli* e privilegi esistenti nel Regno, sull'esercizio della farmacia, affine di regolare le indennità che potranno occorrere e provvedere i mezzi necessari a questo scopo ».

Per quanto la dizione di questo articolo non sia molto felice e lasci certamente luogo a dubbi, ritiene il Collegio sia più correttamente giuridico che questi dubbi abbiano ad essere risolti non in favore del privilegio, ma in senso contrario, e ciò in applicazione di quelle massime di diritto che vennero sopra ricordate. Opina cioè il Collegio che la nuova legge, da promulgarsi nel periodo di 5 anni, non avesse già per iscopo di abolire i privilegi, già soppressi nel precedente art. 26, ma solo di regolare l'indennità spettante alle farmacie privilegiate. Infatti le parole « affine di regolare le indennità, ecc. » usate nell'art. 68 indicano chiaramente che questo è l'unico scopo della legge promulganda. Se fosse stata intenzione del legislatore di tenere ancora in vita i vincoli e i privilegi, avrebbe tassativamente stabilito con una disposizione transitoria, che nei luoghi dove vi erano farmacie privilegiate fino alla nuova legge fosse tenuta sospesa l'applicazione dell'art. 26. Non è supponibile che il legislatore, il quale colla legge in parola ha stabilito il libero esercizio farmaceutico, assecondando dopo un trentennio di vita libera le esigenze del nuovo ordine di cose, abbia poi voluto sospenderne l'applicazione per un periodo di tempo di cui neppur oggi dopo un dodicennio si può calcolare la durata.

Pare al Collegio assurdo il ritenere questo, senza che la lettera della legge lo dichiari in modo tassativo, da non lasciare adito a dubbi.

Finalmente come si potrebbe valutare i danni da liquidarsi alle farmacie privilegiate per la cessazione del privilegio, se non attenendosi al libero esercizio ed apprezzando l'entità dei danni medesimi? Epperò si deve riconoscere che colla nuova legge sanitaria sono cessati anche i vincoli e i privilegi esistenti a pro delle vecchie farmacie.

Ma anche concesso, come è riconosciuto dalla giurisprudenza prevalente, che il tenore dell'art. 68 legge sanitaria sia favorevole all'assunto delle farmacie privilegiate, deve il Collegio esaminare se le vecchie farmacie del Lombardo-Veneto possano a buon diritto ritenersi sorrette da un privilegio. Nel Lombardo-Veneto vi sono due classi di farmacie: quelle esistenti prima del 1835, e quelle posteriori. In precedenza al 1835 vigeva in Lombardia il piano di regolamento del 29 aprile 1788 approvato dal R. Consiglio di Governo, il quale faceva cessare i premi o Collegi privilegiati di Milano e di Mantova disponendo tassativamente all'art. 15: « Nessuna spezieria godrà d'ora in poi del privilegio esclusivo, ma il Direttorio conserverà piena libertà di permettere, attese le circostanze, ad un altro di poter collocarsi nel medesimo luogo per introdurvi una nuova spezieria, ecc. ». La cessazione d'ogni privilegio fu poi anche riconosciuta dal Rapporto 6 novembre 1847 del Protomedico del Governo di Lombardia.

Il Governo austriaco colle notificazioni del 10 ottobre 1835, ispirandosi all'interesse pubblico, regolò l'esercizio farmaceutico arrogandosi la facoltà di creare farmacie secondo il bisogno, proporzionando il numero di queste secondo il numero degli abitanti. Dichiarò che le farmacie erano personali agli investiti, ed in caso di loro morte, il Governo si riservò la facoltà di concederle ad altri, solo con preferenza agli eredi, che avessero i requisiti di esercitarle.

Contro questa notificazione insorsero i proprietari delle vecchie farmacie che si vedevano minacciati nel loro patrimonio dal carattere personale che si intendeva dare a tutte le farmacie senza distinzione alcuna.

In seguito a questi reclami l'Ufficio fiscale di Lombardia con rapporto 31 dicembre 1835 riconosceva e dichiarava tra l'altro: 1.° che col 10 ottobre 1835 nel regno Lombardo-Veneto la facoltà di esercire farmacie doveva ritenersi personale; 2.° che non esistevano privilegi di privativa a favore delle spezierie esistenti; 3.° che la nuova legge re-

cava gravissimi danni ai precedenti proprietari, levando quasi tutto il valore d'avviamento delle loro spezierie; 4.° che però le doglianze degli speziali contro le nuove disposizioni non erano a rigore di diritto fondate, in quanto si volessero credere lesivi di diritti da loro acquistati appunto perchè non potevano vantare privilegi.

Allora il governo austriaco faceva luogo alla dichiarazione 1.° agosto 1838 colla quale si riconosceva, contrariamente alla precitata notificazione, che le precedenti farmacie non erano già personali, ma trasmissibili sia per eredità che per alienazione. Questa declaratoria fu confermata dalla successiva circolare 9 settembre 1843 che stabiliva non avere il decreto aulico 18 agosto 1835 alcun effetto, in quanto si tratta della vendita, ovvero della trasmissione per successione di tali spezierie. E più oltre la circolare aggiunge: « Quindi S. M. ha solamente annullata la prescrizione che le spezierie esistenti avanti quella notificazione siano da risguardarsi come personali ». Da queste disposizioni sembra al Collegio che nulla giustifichi la pretesa di un privilegio da parte delle vecchie farmacie. Le normali austriache riconoscevano soltanto come era giusto che i proprietari delle vecchie farmacie avevano su esse un vero diritto patrimoniale, ma questo era retto colle norme comuni del diritto di proprietà. « Inclusio unius exclusio alterius ». Se il governo austriaco si limitò a riconoscere nelle vecchie farmacie solo il diritto patrimoniale, ragione vuole che fosse escluso ogni maggior diritto e quindi il privilegio. E tanto meno si può ritenere che la notificazione del 1835, la quale aveva solo lo scopo di dare norme generali di buon governo, creasse essa medesima un privilegio.

Non era certo creare un privilegio il riconoscere che non si potevano applicare alle vecchie farmacie le prescrizioni della normale del 1835 nella parte che rendeva personali queste istituzioni.

Non si deve confondere un vantaggio che una legge d'ordine generale può concedere a determinati cittadini, coi veri e propri privilegi. Questo costituiscono un « ius singulare », che viene concesso di regola dietro determinata corrisponsione, od averi, come avveniva per le farmacie piazzate del Piemonte. Questi vantaggi, questi interessi che scaturiscono da una legge comune, cessano col cessare della legge senza poter mai assumere il carattere di privilegio. Anche i comuni negozi di proprietà privata si possono alienare e lasciare in eredità, ma nessuno ritiene per questo che siano privilegiati e che abbiano quindi diritto di far chiudere gli altri negozi che venissero poi a sorgere, per quanto evidentemente li danneggino colla concorrenza. Altro è interesse leso, altro un diritto violato. Non si è mai invocato il privilegio neppure dagli esercizi pubblici, che per aprirsi hanno bisogno della licenza dell'autorità, appunto perchè l'autorità può concederne quante crede a suo esclusivo arbitrio.

Nella stessa condizione di fatto e di diritto si trovano le vecchie farmacie lombarde, le quali per di più nulla sborsavano per acquistare il loro diritto dal governo che invece si riservava ampia facoltà per proprio conto di creare quante altre farmacie avesse creduto utile nell'interesse pubblico, senza preoccuparsi punto di risarcire in modo qualsiasi le vecchie farmacie evidentemente danneggiate dalla creazione delle nuove.

È bensì vero che quelle insorsero contro tale provvedimento, ma i loro reclami non furono accolti, e adesso il loro preteso privilegio sarebbe quanto meno caduto in prescrizione.

Epperò le vecchie farmacie conservano solo il diritto di essere alienate e lasciate in eredità, diritto che non viene punto leso dal libero esercizio farmaceutico attivato colla legge in vigore.

Di conseguenza non essendo la farmacia dell'attore investita di privilegio di sorta, male invoca il disposto dell'art. 68 della legge sanitaria, nonchè la giurisprudenza che riflette le farmacie privilegiate del Piemonte, di Roma e di altre regioni governate da leggi speciali.

Bastano queste considerazioni per respingere senz'altro le domande attrici.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

2 maggio 1901 — *Pres.* Canonico — *Rel.* Scalfaro — *P. M.* Durante = Smiraldi.

Il viaggiatore che sia trovato in treno colla sezione di ritorno d'un biglietto d'andata e ritorno non debitamente forata, non può essere ritenuto contravventore al disposto dell'art. 51 del regolamento per la polizia delle strade ferrate che punisce il viaggiatore il quale prende posto nel treno senza essere fornito di biglietto (1).

Contro Smiraldi Emilio fu redatto verbale di contravvenzione all'art. 56 del regolamento per la polizia delle strade ferrate per aver viaggiato da Como a Milano con biglietto di ritorno non forato nella stazione di partenza. Il pretore di Milano, con sentenza 23 genn. 1901, ritenne che il fatto attribuito allo Smiraldi non costituiva la contravvenzione di cui all'art. 56, sibbene quella contemplata dall'art. 51 di detto regol., vale a dire di avere viaggiato senza essere fornito di biglietto, e lo condannò a lire due di ammenda.

Contro detta sentenza Smiraldi ricorse per cassazione e per due motivi.

Col 1.° denunzia la violazione degli articoli 332 n. 4 e 333 c. p. p., perchè il ricorrente venne imputato della contravvenzione indicata nell'art. 56 per un fatto determinato, ed il pretore non poteva mutare il fatto stesso e condannarlo per la contravvenzione di cui all'art. 51, sul qual fatto, che non gli venne contestato, non potè difendersi.

Col 2.° si dice che furono violati gli articoli 51, 56, 64 del cennato regolamento, e 1 c. p., perchè nel fatto attribuito al ricorrente non era applicabile l'art. 51 e nessuna disposizione di legge punisce il fatto della non foratura del biglietto.

Entrambi i motivi del prodotto gravame sono pienamente fondati ed il gravame medesimo deve essere accolto.

Il ricorrente veniva accusato di un fatto determinato, ossia di non aver curato di far forare nella stazione di partenza il biglietto di ritorno: sopra detto fatto si agitò la contestazione e sullo stesso il ricorrente limitò le sue difese. Fu quindi illegale il pronunziato del giudice di merito, col quale credette di affermare la reità del ricorrente per un fatto ben diverso che non gli fu contestato, e sul quale naturalmente non potè difendersi.

E più erroneo e contradditorio fu il giudizio pronunziato dal pretore quando si fece ad affermare che il ricorrente aveva contravvenuto al disposto nell'art. 51, imperocchè era risultato e lo ammetteva lo stesso pretore, che lo Smiraldi possedeva il biglietto, e che solamente il biglietto stesso era sfornito della foratura. Ora se ammetteva che il ricorrente teneva il biglietto, è evidente la contraddizione a ritenerlo che viaggiava sfornito di biglietto.

E che fu illegale la pena inflitta, per convincersene basta rilevare che la mancanza di foratura nel biglietto non costituisce per nessuna disposizione di legge un fatto punibile penalmente.

La denunziata sentenza deve essere perciò cassata senza rinvio.

(1) Cfr. la dotta nota del Prof. Porro alla contraria sentenza 10 aprile 1901, del Pretore Urbano di Milano, in questo *Filangieri*, a. c., p. 469.

—

1° febbraio 1901 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Ponticaccia = Pischeddu, Castia e altri.

Non è applicabile l'art. 260 c. p. al detentore di strumenti i quali possano servire anche a scopi diversi dalla falsificazione delle monete, quantunque la intenzione del detentore stesso fosse di adoperarli a tal fine (1).

Pischeddu Antonio, Castia Costantino ed altri sei individui comparsi al giudizio

(1) È interpretazione correttissima dell'art. 260 c. p. — Per la critica della disposizione, v. il recente *Manuale di dir. pen.* del Civoli, p. 999 (Milano, *Società Ed. Libraria*, 1900).

del tribunale di Sassari e tenuti responsabili del delitto previsto dall'art. 260 del c. p. quali detentori di un torchio e cinque pietre litografiche, strumenti esclusivamente destinati a fabbricare falsa moneta, furono condannati alla reclusione ed alla multa in diversa misura. La Corte di Cagliari dall'appello di tutti quanti chiamata a pronunciarsi, oltrechè per motivi specifici, intorno all'assunto comune, che l'avverbio *esclusivamente* scritto nell'art. 260, non all'uso intenzionale dei consociati, come affermarono i primi giudici, ma alla natura degli istrumenti si riferisca, confermava la sentenza di primo grado, ed i soccombenti ricorrono per cassazione, presentando gravami, complessi, ma rivolti, in sostanza, il primo alla tesi sovratrascritta, cui si aggiunge un difetto di esauriente motivazione (violato l'art. 323 n. 3 c. p. p.); dice Castia per conto proprio, che gli strumenti essendosi rinvenuti presso il Pischeddu, costui soltanto poteva essere responsabile penalmente.

Il magistrato d'appello dimostra la esistenza di una associazione formatasi coll'unico intento di contraffare carta-moneta, in seguito al quale acquistò e ritenne mezzi idonei a raggiungerlo; mezzi che anzi chiama principali, relegando in seconda linea, fra gli accessori, l'incisore compreso, quanto ancora occorreva alla completa riuscita del delitto. Cosiffatte constatazioni non era in verità temerario supporre stessero come colonne miliari indicanti il cammino del tentativo; ma condussero invece all'art. 260, pel quale, scrisse la sentenza, basta a costituire la reità la detenzione degli istromenti idonei e destinati alla falsificazione. Ora, a parte l'assenza in codesto concetto riassuntivo d'ogni concessione fatta al punto controverso, che è l'avverbio *esclusivamente*, desumendo da altri luoghi il pensiero di riferirlo alla mente dei detentori e non alla natura degli oggetti, s'incontra un'interpretazione inesatta, solo che si dia uno sguardo rapidissimo ai precedenti legislativi. Un codice nuovo poteva arbitrare fra due discordi, il toscano, che restringe la ragione punitiva, contro chi costituisce o detiene, senza legittimo permesso, conii, piastre intagliate od altri istrumenti esclusivamente atti a falsificare moneta; e il sardo, che colpiva i scienti fabbricatori o detentori di conii od altri strumenti atti a fabbricare monete, escludendo però coloro che ne avessero necessità per uso di professione o di arte. E questa Cassazione dettava, a proposito dell'art. 328, essersi determinato il legislatore nell'interesse sociale a colpire la semplice fabbricazione o ritenzione di strumenti atti al falso commercio, ancorchè destinati ad un tempo ad altro scopo lecito, altrimenti non avrebbe senso l'alinea (3 febb. 1879, Scarabellotti).

E nei progetti Vigliani e Mancini si leggono disposizioni analoghe a quest'ultima, che i revisori volevano rimandata al capitolo delle contravvenzioni, per distaccarlo dalla figura del falso, ma, in progresso di tempo, il carattere preciso al reato impresse la relazione ministeriale del 1889: « Le monete e le carte di pubblico credito non possono aver fede pubblica, se non in quanto siano coniate o fabbricate dallo Stato, e dagli istituti a ciò autorizzati e nelle officine destinate all'uopo. Laonde è certo che nessun privato senza un fine criminoso può fabbricare o detenere strumenti destinati alla fabbricazione ed alterazione delle monete o delle carte di pubblico credito ».

Aderì alla teorica la Giunta della Camera nella relazione del 1888, ravvisando pur essa una giusta presunzione di dolo nella qualità speciale dell'istrumento, ed accettò la sanzione *sui generis* opportuna ad evitare eziandio le difficoltà dal Carrara riconosciute delicatissime, nascenti dai rapporti della detenzione o fabbricazione con le regole del tentativo, ed i limiti degli atti preparatori. Intervenne allora la Commissione del Senato e « per rimuovere ogni equivoco propose la formula — strumento esclusivamente destinato — che si trova nel codice del 1889, fatta propria dal Ministro » per rimuovere ogni dubbio sull'uso cui gli strumenti devono servire (relazione 30 giugno). Riavvicinando ora l'avverbio ai criteri giuridici precursori ed in particolare alla definizione del 1887, se ne apprende l'intendimento, non subordinato già all'animo del detentore, ma scolpito bensì nella natura degli oggetti detenuti, racchiudenti, se univoca, il pericolo maggiore, evitando e determinante, colla scienza e la volontà diretta a produrre o detenere una sanzione speciale. Del resto, così come lo intese la Corte di Cagliari, può contenere un non senso: chi infatti si proponesse di adottare lo stesso torchio e le stesse pietre alla tiratura saltuaria dei biglietti bancari e di circolari innocue, potrebbe, secondo quel ragionamento, assicurarsi la impunità rispetto all'art. 260, traendola da una alternativa intenzionale, forse maliziosa. Il ricorso non appare dunque avventato; ed importa che le ragioni prospettate dagli appellanti sieno sottoposte a secondo giudizio e ad una risposta motivata senza incertezze che ne offuschino la efficacia e la allontanino dal voto della legge di rito. E se basta alla Cassazione il I mezzo, viene meno il bisogno di rilevare l'altro, che resta abbandonato alla sede del merito.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

7 gennaio 1901 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Croce = Saporito.

Anche la promessa di matrimonio non adempita può, in date circostanze, costituire mezzo fraudolento *a sensi dell'art. 331 n. 4 c. p.* (1).

Saporito Giuseppe ricorre avverso la sentenza del 26 settembre 1900 della Corte di Catania che ha confermata la condanna inflittagli in prima sede a 30 mesi di reclusione per violenza carnale.

Mancava la violenza, nè poteva procedersi per quella morale, cioè l'uso di mezzi fraudolenti, che consistevano unicamente nella promessa di matrimonio non adempiuta: fu violato quindi l'art. 331 n. 4 c. p.

Non istà neppure la seconda censura, perchè la Corte non disse già che la promessa di matrimonio non adempiuta equivalga in regola generale e sempre a mezzo fraudolento costituente violenza morale, ma invece, apprezzando tutti i fatti e le circostanze, si convinse che Saporito si servì di quel mezzo precisamente allo scopo fraudolento d'indurre alle sue voglie la giovane onestissima, Domenica Spinale, che rese madre e poscia, senza ragione al mondo, abbandonò, dandosi in braccio ad altra donna colla quale prese a convivere. Anche questo è un apprezzamento, contro del quale in questa sede non è lecito insorgere. E poichè nella sostanza ritenne la Corte di merito che con quei mezzi fraudolenti la libera volontà della giovane venne coartata, concluse, pure a buon diritto, che in ciò si riscontrava la violenza morale, che è l'estremo del reato.

P. q. m., rigetta.

—

29 dicembre 1900 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Locci-Seffis = Stangalini.

1. *È* disastro *a sensi dell'art. 314 c. p. anche la morte di un solo individuo per urto di treni* (1).

2. *Applicazione agli effetti della competenza* (2).

Stangalini Giovanni, residente in Tronzano, e la Società delle ferrovie Mediterranee in persona del di lei rappresentante comm. Giuseppe Oliva, ricorrono in cassazione avverso la sentenza, con la quale la Corte di Torino confermò, nel 10 settembre scorso, quella del Tribunale di Vercelli del 30 aprile precedente, condannatoria dello Stangalini a mesi 2 e giorni 15 di detenzione e L. 83 di multa e della Società della Mediterranea come responsabile civile, ai danni derivati dal pericolo di disastro e dalla morte di certo Francone, avvenuti nella notte dal 6 al 7 marzo 1899, nella stazione di Tronzano, ed ai quali diede causa la negligenza, la imprudenza e la inosservanza dei regolamenti del ridetto Stangalini, nella sua qualità di cantoniere ferroviario, e deducono, a sostegno del rispettivo ricorso, un unico mezzo comune, la violazione cioè del combinato disposto degli art. 314 parte II, e 329 c. p. in relazione all'art. 9 n. 5 c. p. p., perchè il fatto del deragliamento del convoglio merci, per effetto dell'urto della macchina di esso col carro del Francone, non che della morte di costui e degli altri danni materiali, che l'accompagnarono, costituiva non già un semplice pericolo di disastro, come ha ritenuto la Corte di merito, ma bensì un vero disastro, epperò, a giudicarne in relazione alla colpa dello Stangalini, ed alla responsabilità civile della Società ferroviaria mediterranea, era competente la Corte di assise di Vercelli e non quel Tribunale penale.

La sentenza impugnata ritiene in fatto, che lo Stangalini sia stato quegli che diede causa allo scontro del convoglio merci col carro del Francone con la sua negligenza nell'adempimento del proprio ufficio di cantoniere ferroviario e con la inosservanza da parte sua delle disposizioni regolamentarie, col lasciare aperto il passaggio a livello e con l'abbandonare il posto di vigilanza vicino al suo casotto, nel momento in cui sapeva che doveva passare un treno merci e che da quello scontro, oltre alla morte del carrettiere Francone, sia derivato lo sviamento della macchina del treno e qualche guasto alle rotaie.

Ciò posto, la Suprema Corte è di avviso che abbia giuridico fondamento la censura che si rivolge dal ricorrente alla sentenza della Corte di Torino, per avere questa ritenuto il fatto, di cui fu dichiarato responsabile lo Stangalini, un semplice pericolo di disastro, anzichè un vero disastro. Ed invero, la Corte di Torino, seguendo le tracce del giudicato di primo grado scambiò una vera questione giuridica con una semplice quistione filologica, perdendo così di vista la suprema ragione della legge.

La quale, più che il senso letterale e filologico della espressione « disastro » ebbe in mira gli effetti di un disastro derivato da un fatto delittuoso contro la sicurezza dei mezzi di trasporto, allorchè, nella savia sua preveggenza, ha creduto che fossero indispensabili rigorose ed opportune sanzioni

(1) In senso contrario, e più correttamente, secondo il nostro modo di vedere, A. Trani, 15 aprile 1898, in questo *Filangieri*, 1899, 77 colla nota.

(1-2) V. in arg. Sebregondi, *Ferrovie*, nella *Enc. giur.*, n. 148, p. 1231.

penali contro chi è causa del sinistro medesimo.

E tanto più lo ebbe in mira nel riguardo delle ferrovie, nelle quali, venendo adibita a mezzo di trasporto una potente forza naturale, che, agendo ciecamente, come tutte le altre forze della natura, mette in movimento ingenti masse con grande velocità, credette necessario stabilire le anzidette rigorose sanzioni, onde prevenirne i possibili gravi sinistri effetti. Quindi non è esatto ciò che afferma la sentenza denunciata, che per disastro avvenuto colposamente, ai sensi dell'art. 314 c. p., abbia ad intendersi il fatto accompagnato da assai maggiori danni che non siano stati quelli verificati nella notte del 6 al 7 marzo 1899 nella stazione di Tronzano pel numero delle persone e pel materiale ferroviario e le merci distrutte ed avariate, imperocchè sotto la espressione « avvenuto disastro », di cui al citato art. 314, va inteso qualunque danno derivato alle persone, e questo nelle modalità diverse di lesione e di morte, le quali modalità vanno tenute in calcolo nella latitudine della pena in esso minacciata, onde a quest'articolo deve farsi ricorso, tutte le volte che si verifica, come nella specie, la morte anche di un solo individuo, a nulla influendo, pei fini della legge, la estensione maggiore o minore del danno, che solo può essere valutato nella applicazione della pena. Ciò si rileva dai lavori legislativi, e più specificatamente dal verbale XXVII, p. 540 della commissione di revisione, nel quale è detto a chiare note che nella voce « disastro » devesi comprendere anche il deviamento dei treni, quando fa sorgere un comune pericolo, e che il deviamento, il quale produca pericolo di morte ed ancor più la morte senza distinzione sul numero delle persone soccombenti, va compreso nella parola « disastro avvenuto » e non già nel « pericolo di disastro », in altri termini deve ritenersi avvenuto il disastro, allorchè si è verificato col deviamento del treno la morte anche di un solo individuo.

Ora, se così è la cosa e non potrebbe essere diversamente, giacchè, se maggior disastro è quello in cui il danno delle persone e delle cose sia maggiore e più esteso, non cessa tuttavia di essere un disastro, ed un disastro grave, tale da impensierire anche la generalità, la morte di un solo individuo, per effetto del verificato sinistro, la tutela e la salvezza del quale, come degli altri tutti, ebbe in vista la legge con la rigorosa sanzione dell'art. 314 suindicato.

Invece la Corte di Torino, con la erronea interpretazione di quest'articolo, avrebbe violato le regole della competenza, in quanto non avrebbe tenuto in calcolo l'aumento della pena stabilito dall'art. 329 che sposta la detta competenza, attribuendola alla Corte di Assise.

—

17 ottobre 1900 — *Pres.* e *Rel.* Canonico = Conflitto in causa De Santi.

L'infanticidio costituendo una figura speciale di reato, per effetto della minore età dell'imputato il relativo giudizio può essere deferito alla cognizione del tribunale.

Il Proc. Gen., letti gli atti a carico di De Santi Eugenia imputata d'infanticidio per cagione di onore e senza la iscrizione dell'infante nei registri dello stato civile (articolo 369 c. p.); ritenuto che il tribunale di Treviso, a seguito di rinvio della Camera di consiglio con sentenza del 3 settembre 1900, dichiarò la propria incompetenza dappoichè, pur ammettendo nella specie l'età, minore dei 21 anni, dell'imputata, rimane sempre il reato di omicidio ai sensi dell'art. 364 c. p. cui è da equipararsi l'infanticidio.

Se ben si pon mente allo spirito che informa la succitata disposizione dell'art. 369 c. p., ed alle ragioni da cui il legislatore fu mosso nello statuire tale principio, si scorgerà di leggieri come la causa dell'onore nel reato di omicidio di un infante non iscritto nei registri dello stato civile, se con le passate leggi veniva tale circostanza a costituire non altro che una semplice minorante, col presente costituisce per sè stessa un reato speciale, in quanto viene a determinare quel dato specifico, da cui il delitto medesimo è dovuto derivare; ed è per siffatte ragioni che, dovendosi nella causa dell'onore ravvisare non la figura di una circostanza minorante o scusante, ma uno degli estremi principali costitutivi del delitto, ne segue che da ciò viene a stabilirsi una nuova figura speciale di reato, a differenza del semplice infanticidio, che, commesso senza la causale dell'onore, viene per necessità equiparato all'omicidio. Quindi è che per siffatte ragioni, dovendosi per l'art. 12 c. p. p. tener conto agli effetti della competenza della minore età dell'imputata, ed essendo il reato punibile con una pena speciale, pena che, diminuita per ragione di età, entra nei limiti della competenza del tribunale, fa uopo annullare la sentenza del tribunale medesimo e trasmettere gli atti al Procuratore del Re per l'ulteriore corso di giustizia.

Visto l'art. 395 c. p. p., chiede che la Corte di cassazione, risolvendo il conflitto, dichiari la presente causa di competenza del tribunale, ed annullando la sentenza del 3 sett. 1900, ordini la trasmissione degli atti

al Proc. del Re di Treviso pel corso di giustizia.

La Corte decise conformemente.

—.

6 luglio 1900 — *Pres.* e *Rel.* Canonico — *Ric.* P. M. nell'interesse della legge = Rocco.

Riguardo agli operai che prestano servizio tecnico presso caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici, l'obbligo della assicurazione non è soggetto a limiti di numero.

Sulla requisitoria del Procuratore Generale del Re presso questa Suprema Corte del tenore seguente:

Il Procuratore Generale, veduti gli atti del procedimento a carico di Rocco Domenico del fu Sante, e ritenuto in fatto:

Con nota ufficiale del 28 sett. 1899, la R. prefettura di Brescia denunziava al pretore del mandamento di Chiari il proprietario di detto Comune, Rocco Domenico, per contravvenzione agli art. 19, 20, 21 della legge 17 marzo 1898, in quanto il Rocco, esercitando la trebbiatrice dei cereali, e impiegando a tal'uopo tre operai per il lavoro della macchina trebbiatrice, non aveva curato di stipulare il contratto di assicurazione a favore dei medesimi e tanto meno quindi aveva dato denuncia della stipulazione.

Comparso in giudizio dinanzi al pretore, nell'udienza 14 dic., il Rocco non si difese già con eccezione di diritto intesa a sostenere che egli non avesse per legge l'obbligo dell'assicurazione, non superando i suoi operai il numero di cinque: bensì, ed in fatto soltanto, egli riconobbe di avere adoperato nella stagione estiva una trebbiatrice, alla quale erano addetti tre operai, cioè un macchinista e due inservienti, ma soggiunse che, essendosi la macchina guastata dopo 4 o 5 giorni di lavoro, e non avendo egli curato di ripararla, non pensò ad assicurare gli operai addetti alla medesima, poichè, non usando più della macchina, ritenne inutile l'assicurazione, e di conseguenza non fece alcuna denuncia alla prefettura.

Ben vero, il pretore si propose esso d'ufficio la suenunciata eccezione di diritto, e ritenne non tenuto il Rocco all'obbligo dell'assicurazione, nè tanto meno quindi a quello della denuncia appunto perchè gli operai da lui impiegati nel lavoro della trebbiatrice non superavano il numero di 5. Considerò il pretore: che la epigrafe stessa del titolo I della legge, sotto il quale sono collocati gli art. 1 e 2 (cioè limiti di applicazione della presente legge) importa la necessaria conseguenza che la legge non possa applicarsi oltre i casi determinati di detti due articoli; che, intanto il n. 5 dell'art. 1 dispone bensì che la legge si applica « agli operai addetti agli opifici industriali, nei quali si fa uso di macchine mosse da agenti inanimati o da animali » (quale sarebbe la trebbiatrice), ma pone la espressa condizione che gli operai, occupati in detti opifici, siano più di cinque; che il capov. 1.° dell'art. 6, in cui è sancito che debbono essere assicurati anche gli operai che prestano servizio tecnico presso caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici, non deroga alle disposizioni del precedente art. 1 alle quali s'informano tutte le successive; che, piuttosto, adoperandosi nell'art. 1 l'espressione « operai addetti agli opifici », e potendo da ciò trarsi pretesto ad eludere la legge in rapporto agli impiegati fuori degli opifici, il primo capoverso predetto non è inteso ad altro che ad impedire siffatta elusione; che di conseguenza, sebbene in esso capoverso non sia riprodotto il criterio limitativo, sancito nel n. 3 dell'art. 1, ciò non importa una eccezione alla regola, nel qual caso si sarebbe adoperata, per la eccezione, una forma altrettanto precisa di quella adoperata per la regola, ma importa soltanto che si sia voluto evitare una inutile ripetizione, di fronte alla precisione dei limiti formulati in antecedenza; che, infine, opinando diversamente, si consacrerebbe l'assurdo di una disposizione eccezionalmente onerosa per i casi di minore anzichè di maggiore pericolo, essendo intuitivo che un operaio, il quale lavora da solo all'aperto, non possa incontrare maggiori pericoli di quelli cui sono esposti singolarmente gli operai riuniti in più di cinque nell'interno di un opificio. Per le quali considerazioni il pretore mandò assoluto l'imputato per inesistenza di reato.

Avverso la sentenza del pretore di Chiari produsse appello il Procuratore del Re presso il tribunale di Brescia per violazione appunto dell'art. 6 capov. 1.° della legge, ma il tribunale di Brescia, con pronunciato del 24 febb. 1900, e per gli stessi motivi testè riassunti, respinse l'appello e confermò la sentenza del primo giudice.

E il pronunciato del tribunale di Brescia fece passaggio in giudicato per difetto di ulteriore gravame da parte del P. M.

Ciò premesso, sebbene a primo aspetto non sembri, la sentenza del tribunale di Brescia, come già quella del pretore di Chiari, ha fatto erroneo governo del citato art. 6 cap. 1.° della legge 17 marzo 1898; e l'errore non può essere meglio dimostrato che mediante il sommario ricordo dei precedenti legislativi in materia:

1.° Così del criterio di limitazione del numero come del caso speciale che ora forma argomento della disposizione in esame, non

è fatta alcuna menzione nè nel primitivo schema di legge presentato alla Camera dei deputati nella seduta 17 marzo 1879, dall'on. deputato Sericoli, nè nella proposta di legge, presentata alla Camera stessa, nella seduta del 9 giugno 1880, dagli on. deputati Minghetti, Luzzatti, Villari e Sonnino, nè nel primo progetto ministeriale, presentato alla Camera, nella tornata del 28 giugno 1881; nè nel secondo progetto ministeriale, presentato alla Camera nella tornata del 19 febbraio 1883; nè ancora nel terzo progetto ministeriale, presentato al Senato del regno nella tornata nel 17 giugno 1885; le quali proposte, dopo varie vicende, non approdarono a riva.

2.° Il criterio di limitazione del numero, proposto dapprima nel minimo di più di 10 operai, figura per la prima volta nel quarto progetto ministeriale presentato alla Camera dei deputati nella tornata dell'8 febbraio 1890; poi non è riprodotto nel quinto progetto, presentato al Senato nella seduta del 13 aprile 1891; bensì riappare, nel minimo ancora di più di 10 operai, nel sesto progetto presentato alla Camera, nella seduta del 26 marzo 1892, le quali proposte anche esse non giunsero ancora a concretarsi in legge.

3.° Sopravvenuto un settimo progetto ministeriale, presentato alla Camera dei deputati, nella tornata del 1.° dic. 1892, esso riproduce bensì il principio di limitazione del numero fissato tuttavia nel minimo di più di 10; ma non contempla ancora, neppure esso, il caso speciale degli operai addetti al servizio tecnico delle caldaie a vapore: se non che la Commissione parlamentare, incaricata di riferire sul progetto medesimo, non solo lo modificò in ordine al detto principio di limitazione, riducendo il minimo numero di operai da più di 10 a più di 5; ma introdusse essa questa volta la contemplazione di quel caso che nelle precedenti proposte non aveva ancor figurato. E così, nella relazione presentata alla Camera nella tornata del 5 maggio 1893, si legge il brano seguente: « Non si poteva poi dimenticare che, per l'uso ed applicazione delle caldaie a vapore, già esiste una legge che dà speciali provvedimenti ed ingiunge speciali cautele. Ma, malgrado questa legge, nel pratico esercizio sono possibili degli scoppi e dei disastri. Le varie indicazioni ed enunciazioni di operai assicurandi non comprendevano gli operai addetti al servizio tecnico delle caldaie a vapore che funzionano fuori degli opifici, e diveniva quindi una necessità ricordare, pur nella presente legge, questa importante e numerosa categoria di operai. Ad evitare però indebite interpretazioni estensive si volle ben specificato che l'obbligo dell'assicurazione si limitasse agli operai che fanno il servizio tecnico delle caldaie a vapore, affinchè fosse bene inteso che non basterebbe l'applicazione di una caldaia a vapore, allo svolgimento per esempio di qualche operazione agraria, per dirsi che tutti i contadini, che a quella operazione partecipano, dovessero essere assicurati ».

4.° Nessun dubbio può sorgere, dalla semplice lettura delle trascritte parole, che l'obbligo dell'assicurazione per la speciale categoria di operai, in esse considerato, sia scompagnato affatto dalle condizioni del numero. Ancora meno se ne può dubitare leggendo la relazione nelle altre parti in cui ha riguardo ad altre categorie di operai, per le quali la condizione del numero è voluta. E se ne ha poi la certezza assoluta nella formale configurazione del disegno di legge, compilato dalla sopradetta Commissione parlamentare, e del quale giova avere precisa contezza per trarne poi argomento alla retta intelligenza della disposizione trasfusa nell'art. 6 cap. 1.° della legge in vigore.

5.° Il disegno di legge, del quale ora è parola, non ha un titolo che, per l'epigrafe: « Limiti di applicazione della presente legge », possa dirsi corrispondente al titolo I della legge vigente. Anzi il titolo I di essa, e per la epigrafe: « Misure preventive » e per i 5 articoli onde è composto, corrisponde al titolo II della legge attuale; ed il titolo II del disegno, sia per l'epigrafe, sia in parte per il contenuto, corrisponde al titolo III della legge. È sotto il titolo II: « obbligo dell'assicurazione e misura legale delle indennità, nei casi d'infortunio » che il progetto della Commissione parlamentare contiene l'art. 6, e l'art. 7 così è concepito: « Art. 6. Devono essere assicurati contro gli infortuni sul lavoro in conformità alle prescrizioni della presente legge: 1.° Gli operai occupati nelle miniere, nelle cave, nelle imprese di costruzioni edilizie, nelle imprese per produzione di gas o di forza elettrica, nelle imprese telefoniche, nelle industrie che trattano od applicano materie esplodenti, negli arsenali e nei cantieri di costruzioni meccaniche; 2.° gli operai occupati in numero maggiore di 5 in quegli opifici industriali nei quali si fa uso di macchine mosse da agenti inanimati; 3.° gli operai che prestano servizio tecnico presso alle caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici ». Articolo 7: « Devono essere parimenti assicurati gli operai occupati nelle costruzioni e nell'esercizio delle strade ferrate, dei trasporti per acqua, e delle tranvie a trazione meccanica, nelle costruzioni dei porti, canali ed argini, eseguiti per concessione o per conto dello Stato, delle Provincie e dei Co-

muni, nonchè nelle costruzioni di porti, gallerie e strade nazionali, provinciali, comunali e consortili. L'obbligo dell'assicurazione incombe soltanto quando nelle accennate costruzioni ed imprese vengono impiegati più di 5 operai, ed è limitato alla durata del lavoro ».

6.° Il significato, dunque, della legge in formazione era ben chiaro e preciso. Vale a dire: la condizione del numero era bensì richiesta per l'assicurazione degli operai indicati all'art. 7 ed era altresì richiesta per l'assicurazione degli operai indicati al n. 2 dell'art. 6; ma non era richiesta affatto per l'assicurazione degli operai indicati al n. 1 ed al n. 3 del detto art. 6. Vale a dire ancora: fin dal primo momento in cui il pensiero del legislatore fu volto a preoccuparsi della sorte degli operai che prestano servizio tecnico presso caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici, s'intese e si volle che l'obbligo dell'assicurazione, a favore di costoro, non dipendesse punto dal numero dei medesimi, o più che essi fossero od anche uno solo. E però l'esame, circa la giustizia o meno della sentenza del tribunale di Brescia in causa Rocco, si riassume oramai in una sola ricerca che è questa: cioè il primitivo pensiero del legislatore si è venuto forse modificando attraverso la successiva elaborazione della legge, anzi si è adesso sostituito un pensiero affatto diverso, e, secondo il quale, l'obbligo dell'assicurazione a favore degli operai tecnici di caldaie a vapore, anzichè essere indipendente dal numero degli operai stessi, debba dipendere da un minimo di più di 5 di essi? O la ricerca concluderà in una risposta affermativa, e la sentenza del tribunale di Brescia avrà bene interpretato, o meglio applicato l'art. 6 cap. 1.° della legge in vigore; o la ricerca dovrà concludere in una risposta negativa, e sarà, perciò solo, accertato l'errore giuridico della sentenza medesima.

7.° Ad esaminare pertanto la proposta ricerca, conviene ricordare che il settimo progetto ministeriale del 1.° dic. 1892, su cui si riferì, come dianzi si è detto, la Commissione parlamentare, con la relazione 5 maggio 1893, si fermò allo stato di relazione e che ad esso succedette un ottavo disegno di legge presentato dal Ministero di agricoltura, industria e commercio alla Camera dei deputati nella seduta del 13 giugno 1895.

Questo ottavo progetto è identico in sostanza a quello formulato in precedenza dalla Commissione parlamentare. Anche esso, nel suo titolo II, tratta dell'obbligo dell'assicurazione e della misura delle indennità, e nel titolo II sono inseriti gli art. 5 e 6 letteralmente conformi agli art. 6 e 7 testè trascritti. Anzi, quasichè il testo degli articoli non bastasse esso solo a determinare il significato, il Ministro proponente, nella relazione che accompagna il progetto, inserisce questa testuale dichiarazione: « Il disegno di legge divide tutte le applicazioni del lavoro industriale o quasi industriali in due grandi categorie: una comprende quelle industrie, che sotto il rispetto degli infortuni, sono ritenute pericolose, l'altra abbraccia le rimanenti. Appartegono alla prima i lavori che si eseguono nelle miniere, cave e torbiere nelle imprese di costruzioni edilizie, in quelle telefoniche, o per produzione di gas o di forza elettrica, nelle industrie che trattano ed applicano materie esplodenti, negli arsenali e nei cantieri di costruzioni marittime. Gli operai occupati nei lavori anzidetti, e quelli che prestano servizio tecnico presso alle caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici, devono essere sempre assicurati, senza alcun riguardo al loro numero ed alla natura del lavoro. Nell'altra categoria trovano posto tutti quei lavori che si eseguono sia negli opifizi, sia fuori, però, affinchè sussista l'obbligo dell'assicurazione, è mestieri che concorrano una o due condizioni, le quali sono: numero degli operai maggiore di 5, e macchine mosse da agente inanimato ». Dubitare, dopo ciò, che la mente del legislatore, almeno sino a questo stadio dell'elaborazione della legge, quella sia stata e tassativamente espressa, di sottrarre alla ragione del numero, l'assicurazione degli operai tecnici di caldaie a vapore, è addirittura impossibile.

8.° Nè è a dirsi altrimenti delle successive manifestazioni attraverso le quali il pensiero legislativo si venne svolgendo. La relazione della Commissione parlamentare non ha una sola parola in senso contrario; e gli art. 5 e 6 del progetto, che essa propone all'approvazione della Camera, rimangono identici agli art. 5 e 6 del disegno di legge ministeriale. Durante la discussione alla Camera, nelle 17 tornate, fra il 19 aprile e il 27 maggio 1896, il concetto animatore della disposizione in esame rimane assolutamente immutato; fu mossa anzi la proposta, sebbene non approvata, di eliminare la limitazione del numero anche nel caso dell'art. 6 e dell'art. 5 n. 2 del progetto; e i due articoli vennero infine approvati senza discussione. Così il progetto di legge fu presentato al Senato, nella seduta del 28 maggio 1896, ed ancor questa volta, nè la relazione della Commissione senatoria, nè la discussione avvenuta in Senato nelle 5 tornate del dicembre detto anno, nè il contro progetto formulato poi dall'ufficio centrale in esito della discussione stessa, mutano una sillaba sola al precetto riguardante gli operai tecnici delle caldaie a vapore: sicchè, giova ripeterlo, rimane sempre ben fermo

che per gli operai, i quali prestano servizio tecnico presso le caldaie a vapore, funzionanti fuori degli opifici, l'obbligo dell'assicurazione non è soggetto a limitazione di numero.

9.º Se non che, fallita anche questa volta, per dissenso di massima fra il Ministero e l'ufficio centrale, l'approvazione della legge, il progetto del 13 giugno 1895 fu ritirato, ed un ultimo ne venne presentato al Senato del regno, nella tornata del 13 aprile 1897; quale fu quello che, approvato dal Senato stesso, nella tornata del 5 luglio successivo, ed approvato poi dalla Camera dei deputati nella tornata del 13 marzo 1898, si tradusse finalmente nella legge in vigore. È in quest'ultimo progetto che per la prima volta comparisce una disposizione di articoli diversa, nell'aspetto formale, dai precedenti progetti, vale a dire, è introdotto in esso un titolo I con la epigrafe: « limiti di applicazione della presente legge », e i titoli I, II del progetto anteriore diventano, con epigrafi corrispondenti, II e III, ripartendo, in sostanza, in tre titoli, la materia contenuta dapprima in due soli. Della quale diversa costruzione di forma, il proponente, nella relazione che accompagna il progetto, assegna la ragione che segue: « Nel disegno di legge, votato dalla Camera elettiva nel maggio 1896, si enumeravano all'art. 1 gli effetti dell'obbligo dei regolamenti preventivi. L'articolo 1 era così formulato: « I capi esercenti di cave, miniere, imprese di costruzioni edilizie, opifici, che fanno uso di macchine mosse da agenti inanimati, e in genere di imprese o industrie pericolose, devono adottare le misure prescritte dalle leggi e dai regolamenti per prevenire gl'infortuni e proteggere la vita e la integrità personale degli operai ». Alcune imprese ed industrie, e poi si indicavano in genere le imprese e industrie pericolose.

« All'art. 5 erano invece tassativamente additate le imprese e industrie soggette all'obbligo dell'assicurazione. La diversa enunciazione nei due articoli, delle imprese e industrie faceva nascere il dubbio che alcune fra esse non fossero comprese nell'una o nell'altra delle due classificazioni, e mentre erano ascritte all'obbligo dell'assicurazione, non lo fossero all'altro dei regolamenti preventivi. Per eliminare ogni dubbiezza, schivare l'arbitrio del Governo, nella designazione delle industrie pericolose, e indurre una perfetta corrispondenza fra i due elementi del sistema, dei quali l'uno è correttivo dell'altro, ho creduto conveniente di far precedere la indicazione precisa delle industrie ed imprese che sono soggette alla presente legge, e di riferire poi ad essa tutte le disposizioni che concernono le misure preventive e l'obbligo dell'assicurazione ». In dipendenza di tali dichiarazioni, il nuovo ed ultimo progetto contiene sotto il titolo I e sotto il titolo III rispettivamente gli art. 1 e 6 così concepiti: Art. 1. La presente legge si applica: 1.º Negli esercizi delle miniere, cave e torbiere, alle imprese di costruzioni edilizie, alle imprese per la produzione di gas o di forza elettrica e alle imprese telefoniche, alle industrie che trattano od applicano materie esplodenti, agli arsenali o cantieri di costruzioni marittime. 2.º Agli opifici industriali, nei quali si fa uso di macchine mosse da agenti inanimati o da animali, qualora vi siano occupati più di 5 operai. 3.º Alle costruzioni ed imprese seguenti, qualora vi siano impiegati più di 5 operai: costruzioni o esercizio di strade ferrate, di mezzi di trasporto per fiumi, canali e laghi, di tramvie a trazione meccanica, ecc. Art. 6. Debbono essere assicurati contro gli infortuni sul lavoro, in conformità delle prescrizioni della presente legge, gli operai occupati nelle imprese, industrie e costruzioni di cui all'art. 1 e gli operai che prestano servizio tecnico presso le caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici.

10.º Di fronte alle dichiarazioni e disposizioni quassù trascritte, è evidente che l'intento della diversa configurazione formale del nuovo disegno di legge è ben lontano dal concetto, che se ne è formato il tribunale penale di Brescia, nella sentenza in causa Rocco. Quella diversa costruzione di titoli e di articoli mira soltanto ad impedire che l'una o l'altra delle varie industrie si sottraggano all'uno o all'altro dei due sistemi riguardanti e i regolamenti preventivi e l'obbligo dell'assicurazione; e perchè tutte le varie industrie rimangano soggette all'uno ed all'altro dei due sistemi, il nuovo disegno di legge rappresenta in un solo articolo i vari esercizi enunciati dapprima in due articoli; ma con ciò rimane fermo che per quanto riguarda i regolamenti preventivi, provvede da sè il titolo II che prende epigrafe appunto da essi; e per quanto riguarda l'assicurazione provvede da sè il titolo III che appunto da essa s'intitola. Questo e non altro è il significato dell'art. 1 del nuovo progetto; questo e non altro il significato del nuovo titolo e della nuova epigrafe. È ben vero che, per quanto sinora si è esposto, è assolutamente indubitabile che, in tutta quanta la precedente elaborazione della legge, sia scolpito il concetto che l'obbligo dell'assicurazione per gli operai i quali prestano servizio tecnico presso caldaie a vapore fuori degli opifici è indipendente dal numero di essi: occorreva ben altro che l'assoluto silenzio del ministro proponente su questo punto essenziale per trarre la con-

clusione che al concetto stesso ne sia stato sostituito un altro diametralmente opposto! E l'assoluto silenzio su detto punto continua identico in tutto il successivo svolgimento elaborativo sino alla definitiva approvazione della legge.

11.º Valga il vero. La relazione della Commissione senatoria presentata al Senato del regno nella tornata del 22 giugno 1897 non solo non dice verbo intorno ad una intelligenza delle disposizioni in esame diversa da quella precedentemente accertata, non solo lascia immutata senz'altro la configurazione formale del progetto ministeriale, non solo riproduce identicamente l'art. 1, ma introduce nell'art. 6 una modificazione, la quale, sebbene di semplice forma, pure concorre a chiarire ancor meglio il concetto che si è venuto finora esponendo. Nella formola adoperata dal ministro proponente e dianzi trascritta, era già fermo il criterio che dovessero essere assicurati tanto gli operai occupati negli esercizi enunciati all'articolo 1, quanto gli operai i quali prestano servizio tecnico, ecc. Ma, a maggior chiarezza, la Commissione senatoria scompone in due la formula unica del progetto, e compila l'articolo 6 nei seguenti termini: Art. 6. Debbono essere assicurati contro gl'infortuni sul lavoro, in conformità alle prescrizioni della presente legge, gli operai occupati nelle imprese, industrie, costruzioni di cui all'art. 1. Devono essere assicurati anche gli operai che prestano servizio tecnico presso caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici ». Questa è la formula passata poi tale e quale nella legge: e non è di somma importanza il notare che la Commissione senatoria, pure portando la sua attenzione sull'art. 6 del suo progetto ministeriale, in modo da introdurvi una modificazione che ne renda più precisa la intelligenza, non senta menomamente il bisogno di avvertire che la disposizione, riguardante quella speciale categoria di operai, debba ora essere intesa in senso contrario a quello in cui sinora era stata dichiarata? Eppure, innanzi al Senato, nella tornata del 28 maggio 1896, era già venuto il progetto del 13 giugno 1895, approvato dalla Camera dei deputati del 27 maggio 1896, eppure intorno a quel progetto il Senato aveva speso un lungo e profondo studio, e con la relazione del suo ufficio centrale, e con la discussione delle 5 tornate del dicembre 1896 e col contro progetto dell'ufficio centrale medesimo; eppure in quel progetto del 13 giugno 1895 era inserita questa testuale dichiarazione, che, cioè: « Gli operai i quali prestano servizio tecnico presso le caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici devono essere sempre assicurati senza alcun riguardo al loro numero ». E, dopo ciò, si può solamente concepire il pensiero che la nuova Commissione senatoria, alla quale l'art. 6 del nuovo progetto ministeriale non passa inosservato, la quale lo esamina e lo modifica, e la quale, intanto, tace affatto circa una diversa intelligenza della condizione del numero, abbia con ciò voluto significare che gli operai tecnici delle caldaie a vapore debbono essere bensì assicurati, ma non più senza alcun riguardo al loro numero, anzi solo quando il loro numero sia superiore ai cinque? Con tali considerazioni, si guardi bene addentro alla formola proposta dalla Commissione senatoria, la quale diviene poi la formula della legge, e si dovrà acquistare la ulteriore certezza, che, per effetto di quella formola, l'obbligo dell'assicurazione, a favore degli operai tecnici di caldaie a vapore, è davvero ed assolutamente indipendente dalla condizione del numero. Imperocchè, sino a quando, nella prima parte della formola stessa, si allude agli operai occupati negli esercizi, di cui all'art. 1, si può e si deve dire che la considerazione alla condizione del numero è implicita nella locuzione della formula: l'art. 1, cioè, contempla tre casi, in due dei quali è richiesto un numero di operai maggiore di 5, nell'altro, no, e dunque, la prima parte della formula, anche tacendo del numero, dispone ciò nonostante che in un caso gli operai debbono essere assicurati qualunque sia il loro numero, e in altri due casi debbono essere assicurati solo quando il loro numero superi i 5. Ma, allorchè la seconda parte della formola pone in evidenza una speciale categoria di operai, non ancora contemplata, nè dall'art. 1, nè in altro articolo che preceda l'art. 6, e per la quale quindi non è stata considerata la condizione del numero, la quale intanto non è considerata neppure nella formola stessa, come si potrà mai dire che per questa speciale categoria di operai l'obbligo dell'assicurazione sia subordinato alla condizione del numero? Vale, dunque, ogni buon criterio d'interpretazione delle leggi ad escludere la interpretazione che la sentenza del tribunale di Brescia ha creduto di poter dare all'art. 6 cap. 1.º della legge in esame.

12.º Conferma questo concetto la discussione che fu fatta in Senato intorno al progetto del 13 aprile 1897 nelle 5 tornate dal 1 al 5 luglio successivo. Basti dire che l'articolo 6 del progetto con la modificazione di forma proposta dalla Commissione fu approvato senza discussione. E basti aggiungere che intorno all'art. 1 non si fece altra discussione che di forma. Vale a dire fu proposta dall'on. senatore Rossi la trasposizione al n. 3 del contenuto del n. 2, e viceversa la trasposizione al n. 2 del contenuto

al n. 3; la quale proposta fu senz'altro approvata, e l'art. 1 venne così ad avere quella formola definitiva che ora si scorge riprodotta nell'art. 1 della legge. A proposito pertanto della proposta del senatore Rossi, il relatore dell'ufficio centrale ebbe a fare la seguente dichiarazione: « Soltanto perchè si fa una questione di forma l'ufficio centrale troverebbe apportuno di aggiungere nella prima linea anche tre parole, perchè invece di dire « la presente legge si applica » e parlare subito delle industrie, si dica: « La presente legge si applica agli operai addetti » e poi si venga a dire quali sono le industrie a cui sono addetti, perchè la legge è fatta per gli operai in ispecial modo ». E anche la proposta dell'ufficio centrale venne senz'altro approvata, dandosi così, sempre più, all'articolo 1 la formola definitiva, divenuta poi formola del testo di legge. Ma intanto anche da questo lieve incidente si può trarre argomento dell'errore in cui incorse il tribunale di Brescia, imperocchè, se l'art. 1 avesse continuato a riferire l'applicazione della legge alle industrie, anzichè agli operai addetti alle industrie, forse il tribunale sarebbe stato meno corrivo a desumerne la ragione, che ne desume, per interpretare a suo modo l'art. 6 cap. 1° della legge: il che non toglie che esso venga a scambiare, in questione di sostanza, quello che non fu altro che questione di forma.

13.° A completare la storia del cammino attraverso l'elaborazione della legge, per quanto riguarda il caso in esame, occorre ora soltanto di aggiungere che, presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 7 luglio 1897 il progetto, già approvato come sopra dal Senato, la speciale Commissione dei 18 riferì intorno ad esso con relazione presentata nella seduta del 10 febb. 1898, cui fece seguito la discussione in 6 tornate, fra il 3 e il 12 marzo, dalla quale la legge uscì finalmente approvata. La relazione non mutò una sillaba agli art. 1 e 6 del testo votato dal Senato; la discussione li lasciò ugualmente intatti, quali ora si leggono nel testo di legge. Basterebbe ciò a dimostrare che, anche in quest'ultimo momento, il concetto animatore della disposizione, riguardante gli operai tecnici delle caldaie a vapore, rimane immutato. Ma nella relazione della Commissione dei 18 vi hanno due dichiarazioni che mette conto di riprodurre, come ultimo e decisivo argomento della tesi sinora esposta. La prima dichiarazione è del tenore seguente: « Uno studio comparativo fra i diversi progetti, che si sono succeduti, potrebbe essere utile, se si avesse ancora ad esaminare o discutere la intera materia, che forma oggetto del disegno di legge, e i diversi principî che in esso sono svolti. Ma, al punto in cui siamo, parve alla Commissione che i suoi studi dovessero circoscriversi alle differenze che passano tra il progetto, approvato dalla Camera il 27 maggio 1896, e quello che ci venne ora presentato dal ministro dopo la votazione del Senato ». Ed esposte le ragioni dei limiti che assegna al proprio còmpito, la Commissione soggiunge: « Chiarito così quali sono i limiti, che la Commissione ha segnati al proprio lavoro, passiamo alle differenze fra i due progetti, differenze che vogliono essere un po' più attentamente ricercate per la diversa ripartizione della materia. Il nuovo schema comincia con un titolo nuovo, diretto a stabilire la sfera di azione della legge; ma questo titolo nuovo non regola materia nuova. L'art. 1 corrisponde agli art. 5, 6 del progetto approvato dalla Camera nel maggio 1896; l'art. 2 all'art. 17. Senonchè mentre sotto questo titolo dovrebbero trovarsi indicati tutti gli operai ai quali si estende l'assicurazione, nel titolo III, art. 6 si aggiungono gli operai, che prestano servizio tecnico presso caldaie a vapore, funzionanti fuori degli opifici, e che erano contemplati dall'art. 5 del progetto del 1896 e si riproduce quale secondo capoverso quello che era l'ultimo comma di quell'articolo. » E finalmente dopo aver notato che, lasciate in disparte le questioni di ordine, le differenze fra i due progetti, quanto alla sostanza, non sono di grave momento, la Commissione procede al rilievo di tali differenze, le quali, intanto, tutt'altri casi riguardano, fuori che quello degli operai addetti al servizio tecnico delle caldaie.

Dal che si deduce senz'altro che, a parte la questione d'ordine, indifferente alla sostanza della legge, nessuna differenza esiste fra l'ultimo comma dell'art. 5 del progetto approvato nel 1896 e il capov. dell'art. 6 del progetto in discussione, appunto perchè questo non è che la riproduzione di quello. Ma, nell'ultimo comma dell'art. 5 del precedente progetto, siccome si è già dimostrato, l'obbligo dell'assicurazione, per gli operai tecnici di caldaie a vapore, era certamente sottratto alla condizione del numero. Dunque nel capov. dell'art. 6 del progetto ultimo, che si concretа poi in legge, l'obbligo della assicurazione per i detti operai è del pari certamente sottratto alla condizione del numero.

In verità, sembra al Proc. Gen. di potere affermare che la dimostrazione della sua tesi non possa essere più e meglio esauriente. Attesochè per effetto delle suesposte considerazioni perda ogni valore di attendibilità il criterio al quale s'informa la sentenza del tribunale pen. di Brescia in causa Rocco. E a ben pensarci, si può ora soggiungere che,

pure a prescindere da quanto si trae dai precedenti legislativi in materia, la detta sentenza abbia insito in sè il peccato di conseguenze superiori di molto alle sue stesse premesse. Si ammetta di fatti, in ipotesi, la interpretazione, data dal tribunale al tit. I ed all' art. 1 della legge, si ritenga cioè, che, mediante quel titolo e quell' articolo, il legislatore siasi precluso l' adito ad applicare la legge, e quindi anche ad imporre l'obbligo dell'assicurazione per altri operai che non sieno quelli già designati nell'art. 1, ciò non toglie davvero che l'art. 6 imperativamente disponga l' assicurazione, non solo per gli operai dell'art. 1, ma anche per quelli delle caldaie a vapore, nelle condizioni ivi espresse. E però il tribunale avrebbe potuto bensì, in via puramente teorica, rimproverare alla legge il vizio di avere più tardi inserito un comando, del quale già prima essa stessa si era interdetta la facoltà; ma non poteva ancora disconoscere che il nuovo comando fosse stato, ad onta di ciò, imposto, nè tanto meno poteva esso togliere forza al comando stesso. Dal che, a pensarci ancor meglio, si deduce che il ragionamento del tribunale si risolva, dopo tutto, in una vera e propria petizione di principio.

Imperciocchè, delle due l'una, o è vero, cioè, o non è vero che la legge, mediante l'art. 1 del titolo I si sia imposto il divieto di considerare, anche in tema di assicurazione, altri operai oltre quelli ivi designati. Non è vero? e tutto quanto il ragionamento del tribunale vien meno. È vero? ed allora un dilemma s'impone.

Vale a dire: gli operai, i quali prestano servizio tecnico presso le caldaie a vapore fuori degli opifici, sono o non sono già considerati, sia pure con la condizione del numero, nell'art. 1: o vi sono già considerati, ed era inutile che la legge li considerasse di nuovo nell'art. 6, o non vi sono ancora considerati, ebbene i limiti della legge, nel senso in cui il tribunale li ha intesi, sono già rotti, quando essa li consideri poi nell'art. 6. In altri termini, il tribunale è condotto esso stesso a riconoscere nella legge quella podestà, che in pari tempo le nega; e fra le due podestà, di volere cioè l'assicurazione di tali speciali operai con la condizione o senza la condizione del numero, nessun dubbio oramai che debba prevalere questa ultima, la quale è scolpita in tutti quanti i precedenti legislativi in materia.

Ciò posto, torna superfluo indugiarsi intorno agli argomenti sussidiari della sentenza in esame. Eliminato il criterio principale, al quale essa s'ispira, non ha più ragione di essere la intelligenza, sia pure ingegnosa, ch'essa attribuisce alla disposizione dell'art. 6 cap. 1.° in confronto dell'articolo 1 n. 3. E non ha più ragione di essere neppure l'argomento di assurdità che essa invoca; sia perchè « adducere inconveniens non est solvere argumentum »; sia perchè quell'assurdo è più supposto che reale. Di vero, se nel cap. 1.° dell'art. 6 è imposto l'obbligo dell'assicurazione, anche per gli operai fuori degli opifici, è implicita in questa sanzione, che si concreta poi sempre con quella dell'art. 1, l'altra affermazione dell'obbligo dell'assicurazione per gli operai tecnici di caldaie a vapore funzionanti nell'interno degli opifici. Il divario è uno solo, e fu già avvertito nella relazione della Commissione parlamentare (5 maggio 1893) la quale fu la prima a introdurre nella legge la contemplazione del caso in esame. Vale a dire: se la caldaia funziona nell'interno dell'opificio, e al servizio di essa lavorano tanti operai, che insieme al macchinista o ai macchinisti superino il numero di cinque, dovranno essere naturalmente assicurati tutti gli operai, tecnici e non tecnici; se viceversa la caldaia funziona fuori dell'opificio, l'assicurazione è obbligatoria soltanto per gli operai tecnici e non pure per tutti gli altri quand'anche superino insieme con quello il numero di cinque.

P. q. m., il Procuratore Generale crede dover suo segnalare all'esame ed al giudizio del S. C. la sentenza in parola.

Visto l'art. 684 c. p. p. denuncia alla Corte di cassazione la sentenza pronunziata dal tribunale di Brescia, all'udienza del 24 febbraio 1900, nella causa contro Rocco Domenico e ne chiede l'annullamento nell'interesse della legge.

Tofano, S. P. G.

La C. S. cassa nell'interesse della legge.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

IV Sezione.

18 gennaio 1901 — *Pres.* Giorgi — *Rel.* Merlini = Sfrappini c. Comune di Montemonaco.

Non è delegabile al sindaco la facoltà della Giunta di fissare la data delle convocazioni ordinarie e straordinarie del Consiglio comunale, neppure nel caso in cui la Giunta avesse deliberata l'immediata convocazione del Consiglio, lasciando al sindaco di determinarne unicamente il giorno (1).

Dei motivi sui quali il ricorrente ora insiste, il principale, per ciò che riguarda la forma del provvedimento e la legalità estrinseca del medesimo a di lui carico, è quello fondato sulla usurpazione delle attribuzioni della Giunta comunale consumata dal sindaco col fissare di proprio impulso i giorni dell'udienza del Consiglio comunale, contro il disposto degli art. 119 e 135 della legge com. e prov. testo unico 4 maggio 1898.

Il controricorrente contesta la validità del motivo affermando che col deliberare la convocazione immediata del Consiglio comunale, la Giunta aveva implicitamente stabilito il giorno di tale convocazione, cosicchè al sindaco non rimaneva che una attribuzione meramente esecutiva.

La legge ha voluto, per ragione di ordine pubblico, delineare nettamente le competenze così del sindaco come della Giunta, e appunto per trattarsi di competenze di ordine pubblico l'uno dei due organi della vita comunale non può farne delegazione all'altro nè direttamente nè indirettamente.

Questa massima, la quale discende dai principî generali di diritto, trova nel caso speciale applicazione e conferma nel disposto della legge 11 luglio 1894 trasfuso nell'articolo 119 del vigente testo unico della legge comunale e provinciale, nel quale anche nelle riunioni straordinarie del Consiglio, la fissazione del giorno rimane riservata alla Giunta comunale.

Di questi principî non fece retta applicazione e non esaurì le attribuzioni conferitele dalla legge la Giunta comunale di Montemonaco, col deliberare nella sua adunanza del 7 genn. 1897 in modo generico e non abbastanza preciso la riunione immediata del Consiglio comunale.

Essendo l'adunanza del giorno 11 gennaio andata deserta, il sindaco, di propria iniziativa e senza alcun concorso della Giunta, come emerge dal verbale, stabilì di riunire il Consiglio in seconda convocazione pel giorno seguente, contro il chiaro e tassativo disposto della legge.

In conseguenza, essendo fondato questo motivo del ricorso, il ricorso medesimo deve essere accolto senza che occorra passare all'esame degli altri motivi.

Pronunciandosi l'annullamento dell'impugnata deliberazione per sole ragioni di illegalità formale, senza scendere all'esame del merito, rimangono salve tutte le ragioni del Comune e le sue facoltà di provvedere in modo regolare sulla sorte del segretario Sfrappini.

P. q. m., ecc.

—

11 gennaio 1901 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Pincherle = Amoroso c. Ministero di Grazia e Giustizia.

Il cancelliere del giudice conciliatore appartiene all'ordine giudiziario, e può quindi essere

---

(1) Che sia nulla la fissazione del giorno fatta dal sindaco è giurisprudenza costante del Consiglio di Stato. Cfr. i pareri 4 maggio e 1.° giugno 1888 citati dal Mazzoccolo, *La nuova legge com. e prov.*, IV ediz., p. 348 e IV Sez. 18 giugno 1891 in *Giust. amm.*, 1891, 264. Fu però giudicato che se nessuno dei consiglieri sollevò eccezioni, non potrebbe posteriormente eccepirsi la nullità delle deliberazioni consigliari, dovendo presumersi l'accordo tra la Giunta e il sindaco (Cons. di Stato, 10 luglio 1882 in *La Legge*, 1882, 2, 569: in senso contrario Sez. IV, 18 giugno 1891, cit.).

revocato dall'ufficio per ordine del Ministero di Grazia e Giustizia (1).

Dall'articolo 6 R. D. 6 dicembre 1865 sull'ordinamento giudiziario i cancellieri e i vice-cancellieri dei conciliatori sono (come quelli esistenti presso le altre autorità giudiziarie) dichiarati funzionari dell'ordine giudiziario; e tale fu sempre ritenuto il segretario comunale in quanto, per la disposizione dell'art. 22 del decreto stesso, disimpegni le funzioni di cancelliere del conciliatore.

Le disposizioni della legge 1895, con cui furono ordinati gli uffici di conciliazione, non inducono a ritenere che siasi voluto modificare quel concetto, tanto più ove si pensi che quella legge seguì e fu il complemento di quella 16 giugno 1892, la quale allargando la competenza dei conciliatori, rese di maggiore importanza l'ufficio di cancelliere presso i medesimi.

Con questo concetto urta la tesi sostenuta dal ricorrente, secondo la quale, essendo il segretario comunale nominato dal Consiglio comunale, ed esercitando per questo suo ufficio le funzioni di cancelliere del conciliatore, non potrebbe essere revocato da tali funzioni se non dalla stessa autorità comunale, da cui ripete la nomina. Questa interpretazione, dato anche che a primo aspetto vi si presti la lettera della legge, cade di fronte a un attento esame della medesima e allo spirito che la informa. Dispone l'articolo 3 che « presso gli uffici di conciliazione le funzioni di cancelliere sono esercitate dal segretario comunale, o da altro ufficiale della segreteria, che sia a ciò espressamente autorizzato con decreto del presidente del tribunale, inteso il procuratore del Re ». Vero è che l'articolo successivo accorda al presidente, sulla richiesta del procuratore del Re o anche d'ufficio, il potere di revocare o sospendere l'autorizzazione indicata nel precedente articolo, con che parrebbe che la revoca dall'ufficio potesse farsi nel solo caso in cui è necessaria l'autorizzazione, cioè quando a quelle funzioni sia stato chiamato altri che non sia il segretario comunale; ma a questa conclusione contrasta quanto segue nell'articolo stesso, essendosi aggiunto che il presidente ha pure la facoltà di destinare un alunno di cancelleria o vice-cancelliere di pretura ad esercitare presso il conciliatore le funzioni di cancelliere; e che « dietro avviso ufficiale di tale destinazione il segretario comunale è tenuto a dare al funzionario chiamato a sostituirlo l'immediata consegna degli atti dell'ufficio »; la quale disposizione ha evidentemente in vista il caso di revoca del segretario comunale dall'ufficio di cancelliere, designandosi il funzionario destinato a farne le veci; e alla stessa interpretazione induce anche il successivo art. 7, facendovisi l'ipotesi che sia « pronunziata la sospensione o la revocazione di un segretario comunale dall'ufficio di cancelliere, senza la contemporanea autorizzazione di altro ufficiale di segreteria che lo supplisca ». Ora, ragionando a contrario, la revocazione e la costituzione non potrebbero farsi contemporaneamente, cioè con lo stesso provvedimento, se ambedue non potessero venir emesse dal presidente del tribunale (art. 3).

È agevole il comprendere come non debba essere stata intenzione del legislatore che le autorità preposte al buon andamento della giustizia potessero prendere qualsiasi provvedimento disciplinare contro un funzionario, e dovessero arrestarsi, di fronte alle più gravi colpe, che potrebbero indurne la revocazione dall'ufficio, per invocarne la pronunzia dal Consiglio comunale. La qual tesi si palesa tanto più erronea se condotta alle sue ultime logiche conseguenze, come fece la difesa del ricorrente nelle sue deduzioni orali, sostenendo che, per la inscindibilità delle funzioni di cancelliere del conciliatore e di segretario comunale, e per non avere la legge particolarmente disciplinato la revoca delle prime, il segretario non potrebbe esserne privato che con la destituzione dall'ufficio principale, per essere incorso in una delle condanne prevedute dall'art. 22 legge com. e prov.; deduzione logica, ma che dimostra viemmeglio il vizio della premessa, per l'eccedenza manifesta del mezzo sul fine.

Di fronte a una condanna a 25 giorni di reclusione per oltraggio al conciliatore e delle procedure penali allora in corso, non può dirsi che il Ministro abbia ecceduto il suo potere decretando la revocazione del segretario comunale dall'ufficio di cancelliere o n'abbia fatto malo uso.

P. q. m., respinge il ricorso.

—

SEZIONE INTERNI.

Parere dell'8 febbraio 1901 = *Ric.* Maruzzi.

1. ***La tassa di famiglia o fuocatico non può colpire il contribuente in più di un Comune*** (1).

2. *Nel caso di dubbio si deve aver riguardo al*

(1) Riguardo al carattere del cancelliere del conciliatore v. da ultimo in senso conforme a quello proclamato dalla sovrastessa decisione, il recentissimo lavoro del COGNETTI DE MARTIIS, *Cancelliere* nella *Enc. giur.*, n. 40.

Comune nel quale il contribuente tiene la sua dimora la maggior parte dell'anno (2).

Dato il carattere d'imposta strettamente personale che è proprio della tassa di famiglia o focatico, non si può ammettere che il contribuente ne possa essere colpito più di una volta ad un tempo in pro dei diversi Comuni nei quali egli per avventura dimori durante un termine più o meno lungo.

Per conseguenza, qualora si verifichi, come nella specie in esame, il caso di un cittadino il quale tenga la sua residenza in diverse località soggiornando nel corso dell'anno ora in una ora nell' altra, il criterio decisivo di prevalenza devesi ricercare, non tanto nel domicilio civile, quanto piuttosto nella effettiva dimora abituale mantenuta durante la maggior parte dell' anno; criterio al quale sostanzialmente si informa così il regolamento per la tassa di famiglia della provincia di Pisa, sanzionato con R. D. 26 marzo 1896 (art. 25), come l'analogo regolamento della provincia di Grosseto, approvato col R. D. 3 luglio 1898 (art. 2).

Sebbene il primo dei due regolamenti provinciali ora indicati, quello cioè della provincia di Pisa, contenga nei due capoversi del citato art. 5 speciali disposizioni intese a stabilire quale sia il Comune a cui debba accordarsi la prevalenza dell'applicazione della tassa nel caso di dimora alternata in più Comuni, siffatte norme non possono aver efficacia obbligatoria allorchè si tratti, come nel ricorso in esame, di derimere il conflitto sorto fra un Comune di quella provincia ed un altro che appartiene ad una diversa circoscrizione provinciale.

Ciò stante, quantunque dalle informazioni assunte dall'autorità politica apparisca malagevole determinare se il ricorrente durante l'anno dimori più a lungo in Gavorrano od in Campiglia Marittima, tuttavia non si può ragionevolmente negare il valore di una efficace presunzione alla dichiarazione di trasferimento di residenza fatta dal ricorrente stesso in epoca non sospetta, vale a dire fin dall'ottobre 1896, allorchè egli esprimeva formalmente al sindaco di Gavorrano il suo intendimento di fissare colà la propria residenza insieme alla famiglia, dichiarazione che da quel sindaco fu partecipata al Comune di Campiglia Marittima, il quale ne prese atto.

Del resto la serietà di tale intenzione manifestata dal signor Maruzzi risulta pienamente comprovata dai cospicui interessi patrimoniali che egli tiene in Gavorrano, nel cui territorio possiede una vasta tenuta di circa 2,000 ettari, costituente la massima parte delle sue sostanze ereditarie; mentre nel Comune di Campiglia Marittima, non possiede che una estensione di terreno molto minore, cioè circa 200 ettari.

Infine la dimora tenuta dal ricorrente in Campiglia durante alcuni mesi del 1899 risulta spiegata da ragioni di salute, che lo costrinsero ad allontanarsi temporaneamente dalla sua abituale residenza di Gavorrano, a causa delle febbri malariche contratte in quella zona palustre.

P. q. m., la Sezione opina che il ricorso del sig. Maruzzi debba essere accolto.

—

Parere del 21 dicembre 1900 = *ric.* Comune di Quaregna.

Non è lecito ai Comuni di conferire i loro pubblici uffici per mezzo di aggiudicazione al miglior offerente (1).

Già questo Consiglio, col parere delle sezioni riunite, interno e grazia e giustizia, 21 giugno 1895, ebbe a pronunciarsi categoricamente su questione identica; e non possono che essere confermati gli argomenti in quel parere addotti, perchè deci-

(1-2) Che la tassa di famiglia sia unica non può cader dubbio (Cfr. A. Genova, 1.º giugno 1884, in *Eco gen.*, 1884, 251; Trib. Ancona, 15 luglio 1887, in *Giorn. giur.*, 1887, 2, 59; Cons. di Stato, 9 maggio 1871, in *Riv. amm.*, XXII, 423). Nel caso di incertezza riguardo al luogo dove debba essere pagata, e (crediamo) in mancanza di espressa disposizione contraria del regolamento, ovvero quando i due regolamenti contengano al riguardo disposizioni inconciliabili, deve seguirsi il criterio della residenza, vale a dire dell'abitualità della dimora, come bene rileva il Consiglio di Stato. Quando pertanto una persona risiede in due Comuni diversi, bisognerà vedere in quale di essi risieda per maggior tempo (A. Venezia, 17 ottobre 1879, in *Temi Ven.*, IV, 575). Che se questo non fosse possibile perchè vi fosse equivalenza di tempo, occorrerà vedere quale sia il luogo dove la persona ha la principal sede dei suoi affari, quale delle due residenze sia per essa più importante (Cfr. Rossi, *Tassa di famiglia*, n. 55).

(1) Lo strano fatto che diè origine al parere è il seguente. Il Consiglio comunale aveva deliberato di conferire con pubblico incanto, da tenersi a candela vergine, i due posti di messo comunale e di campanaro, sull'offerto compenso annuo di lire 100 pel primo e di lire 125 pel secondo; prescrivendo che l'ufficio di messo, da potersi congiungere a quello di campanaro, sarebbe stato conferito a chi per mezzo di pubblico incanto avesse offerto maggior ribasso sul salario stabilito, con riserva però alla Giunta comunale di preferire quella persona, nella quale si fosse avuto maggiore fiducia, e che avesse presentato maggiori garanzie di onorabilità e moralità.

sivi; e giova riprodurli: « secondo le regole di giustizia e d'equità, che si deve presumere presiedano all' ordinamento di ogni pubblica Amministrazione, la determinazione della misura degli assegni, per l'esercizio dei singoli uffici a quella attinenti, s'intende che abbia ad essere fissata in tale proporzione da costituire, se non l'esatto, almeno il conveniente corrispettivo dell'opera da prestarsi, in quanto che se l'assegno è maggiore, il supero si risolverebbe in una liberalità fatta col denaro pubblico, ciò che la legge espressamente non permette ai Comuni; e se è inferiore, la differenza costituirebbe un lucro indebito dell'Amministrazione sullo stipendio o la mercede di chi si pone a servizio di essa, il che pure non è ammissibile, e non soltanto perchè sarebbe ingiusto, ma altresì perchè i servizi male retribuiti, necessariamente non possono bene funzionare. Conseguentemonte, il porre all'asta un pubblico ufficio con ribasso sullo stipendio, speculando sul bisogno di chi vi aspira, contravviene a una norma fondamentale di retta amministrazione ».

Al che si deve aggiungere, in tesi generale, che il sistema dell' asta pubblica conduce a porre in linea del tutto subordinata quelli che invece devono essere criteri sempre prevalenti nel conferimento d'uffici e servizi pubblici, le attitudini tecniche congiunte alle qualità morali delle persone.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

GLI AUTOMI NEL DIRITTO PRIVATO

INTRODUZIONE.

L'attività umana, spinta dal supremo principio economico del minimo mezzo, tende continuamente ad accrescere le proprie forze, assoggettando e sostituendo ad esse quelle incommensurabili della natura esteriore. L'automa è appunto un tal meccanismo che ha la proprietà di sostituire ed estendere l'attività umana. E poichè qui si considera l'automa dal lato giuridico non si vuol già intendere con tale parola ogni meccanismo che contenga in sè il principio del proprio moto, ma quello soltanto che rende possibile l'esecuzione di una prestazione senza l'intervento diretto dell'opera del prestante.

Questa proprietà dell'automa ne pone in luce il suo valore economico: mentre infatti da un lato riesce possibile per mezzo di esso eseguire una prestazione contemporaneamente in luoghi diversi, eliminando la necessità della presenza di altrettante persone che dovrebbero attendere a quell'ufficio, si ottiene dall'altro una maggiore prontezza e semplicità nell'esecuzione della prestazione. Che poi per mezzo dell'automa si possa dar vita a rapporti giuridici, risulta evidente dallo scopo suo, che, come s'è detto, è quello di eseguire delle prestazioni.

Data questa sua funzione e la multiforme varietà di prestazioni per esso attuabili, non è a meravigliarsi se, nonostante la tenuità economica del contenuto di queste, la scienza del diritto abbia portato su di esso la sua attenzione. La prima monografia sull'argomento s'ebbe in Germania per opera dell'Auwers (1) cui fece seguito il Günther (2), e poi lo Schels (3), lo Schiller (4), l'Ertel (5), il Neumond (6), ed in Italia il Ricca-Barbe-

(1) AUWERS, *Der Rechtsschutz der automatischen Wage nach gemeinem Recht*, Gottingen 1891.

(2) GÜNTHER, *Das Automatenrecht*, Gottingen, 1892.

(3) SCHELS, *Der strafrechtliche Schutz des Automaten*, München 1897.

(4) SCHILLER, *Rechtsverhältnisse des Automaten*, Zurig, 1898.

(5) ERTEL, *Der Automatenmissbrauch und seine Charakterisierung als Delikt*, Berlin [illegible].

(6) NEUMOND, *Der Automat. Ein Beitrag zur Lehre über die Vertragsofferte*, in *Arch. für die civilistische Praxis*, Bd. LXXXIX, 1899, S. 166-196. A torto quest'autore, pur

ris (1). Più seriamente studiato è il lato penale, al quale l'Ertel, che di esso esclusivamente si occupa, attribuisce un rilevante interesse pratico. E veramente la straordinaria diffusione che hanno avuto gli apparecchi automatici, le applicazioni diverse che hanno subìto e potranno ancora subire per il carattere economico già rilevato, inducono a credere che relativamente ad essi possano esser portate dinanzi al giudice non solo questioni di diritto penale, ma anche di diritto privato (2). È solo in quest'ultimo campo che io intendo studiare l'automa nei rapporti giuridici cui può dar luogo il suo uso, poichè, sebbene entro tali limiti l'importanza pratica della presente trattazione sia minima, non trascurabile mi pare possa riuscire nel campo della dommatica.

CAPITOLO I.

Il negozio automatico (3).

L'automa, nel senso ristretto che qui si intende attribuirgli, è un meccanismo per cui si effettua l'esecuzione di una prestazione, mediante un atto da porre in essere da colui che desidera la prestazione. L'atto e la prestazione sono indicati all'esterno dell'apparecchio. Il primo consiste nell'introduzione di una moneta (ordinariamente dieci o venti centesimi) attraverso un'apertura praticata all'esterno dell'apparecchio. La seconda assume aspetti diversi secondo le applicazioni sempre crescenti in cui l'ingegno umano può utilizzare un tal meccanismo. Avuto riguardo al carattere esteriore di tali prestazioni, esse possono distinguersi in due ordini secondo che consistono nella trasmissione di un oggetto o nella prestazione di un servizio. Ma appunto perchè fondata su un carattere meramente esteriore, questa distinzione giuridicamente non è esatta. L'atto richiesto poi è destinato a far funzionare l'apparecchio.

---

venuto ultimo nella trattazione dell'argomento, lamenta che l'automa abbia avuto « un'accoglienza matrigna » nella letteratura (op. cit. pag. 167). Oltre le monografie già citate, abbastanza numerose, avuto riguardo al breve lasso di tempo in cui apparvero, si trovano degli accenni sulla natura giuridica degli automi in BIERMANN, *Rechtszwang zum Contrahiren*, in *Jhering's Jahrb.* Bd. XXXII, S. 292 seg.; in MASCHKE, *Das Eigenthum in Civil- und Straf. Recht*, 1895, S. 219-221; in MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico*, Girgenti 1899, pag. 72 nota 3, e pag. 143 nota 3; inoltre due articoli sulla *Deutsche Juristen Zeitung*, Jahrg. III, N. 18/19 (1898) e Jahrg. IV, N. 7 (1899) di MEILI e DAVID. Vero è che il NEUMOND cita soltanto l'AUWERS ed il BIERMANN.

(1) M. RICCA-BARBERIS, *Dell'offerta fatta al pubblico e del contratto stipulato coll'automate*, in *La Legge*, anno XLI, Serie IV, vol. I, n. 10, pag. 356-360.

(2) L'AUWERS (op. cit., pag. 6) assicura che simili questioni siano già state portate dinanzi alle giurisdizioni inferiori. Io potrei citare diverse sentenze del tribunale di Milano su questioni relative ai contatori automatici del gas, nelle quali viene in considerazione la natura giuridica dell'automa in quanto esso acquista, per così dire, per l'espositore la proprietà delle monete gettatevi. Si pensi del resto alla applicazione di recente fatta degli automi alle assicurazioni per disgrazie accidentali di viaggio, che può portare in campo interessi economici non trascurabili.

(3) Userò quest'aggettivo, pur riconoscendone l'improprietà, per brevità d'espressione, notando che con esso voglio intendere negozio conchiuso « per mezzo d'automa ».

Osservando più da vicino quest'ultimo, vi si riscontrerà un fatto giuridico, un fatto cioè da cui ha origine il diritto ad una trasmissione o ad un godimento; nell'atto di chi passa ad eseguire il getto richiesto si riconoscerà facilmente la direzione della volontà ad ottenere quell'effetto, e poichè questa volontà, privata, viene a manifesta espressione, si può in conclusione affermare che coll'uso dell'automa si dà vita ad un negozio giuridico (1).

Più specialmente ad un negozio giuridico nella sfera dei diritti di obbligazione. Chi infatti, passando dinanzi ad un apparecchio automatico legge ciò che vi sta scritto, e si determina al getto della moneta indicata dall'espositore dell'automa, mira al conseguimento della cosa offerta in istretta dipendenza di una dichiarazione di volontà; non intende certamente vincolare la cosa a sè in forza per es. di un diritto di occupazione, ma in forza di un diritto che gli sarà attribuito dall'espositore dell'apparecchio in seguito all'operare conforme alla volontà di quest'ultimo: quanto occorre perchè si abbiano gli elementi di un rapporto d'obbligazione.

Nonostante l'evidenza di questo concetto, si è tentato di ricondurre il negozio automatico nel campo dei diritti reali. Questo tentativo, che si volle fondare su una pretesa analogia con un caso affatto peculiare del diritto romano. l'*jactus missilium*, è probabilmente frutto della smania di voler riportare in ogni modo al diritto romano rapporti affatto estranei ad esso, che hanno origine esclusivamente moderna. Non si potrebbe infatti altrimenti spiegare il fatto che lo stesso Günther, il quale adduce quell'analogia, la dichiari poi inapplicabile e disadatta a comprendere tutte le manifestazioni del negozio automatico, e senta la necessità di riportar questo nella sfera del diritto obbligatorio. E poichè egli ciò fa a malincuore, rimpiangendo quasi di non poter adottare una costruzione che secondo lui si sarebbe per tutti i versi adattata agli automi che trasmettono oggetti, non sarà del tutto inutile fermare alquanto l'attenzione sulle ragioni che pone a sostegno della sua ipotesi.

L'*jactus missilium*, egli dice, era considerato dai romani come una *traditio in incertam personam*; e poichè la trasmissione di oggetti per mezzo dell'automa è qualcosa di simile al *missilia jactare*, possono al negozio automatico applicarsi i principii romani della *traditio in incertam personam*.

Ora, anzitutto è contestabile che nell'*jactus missilium* i romani vedessero una *traditio in inc. pers.;* a me appare più probabile l'ipotesi di una derelizione (2). Ma, ove pure si accolga la

(1) Il negozio giuridico esisterà ugualmente tanto se l'effetto cui mira l'utente è la nascita del diritto alla trasmissione o, come io ritengo, la trasmissione stessa indipendentemente da un intento giuridico; poichè non può dubitarsi che in tal caso l'intento pratico dell'utente debba esser protetto dal diritto. Vedi su questo punto e per la letteratura sulla teoria del negozio giuridico: G. Segré, *Studi sul concetto del negozio giuridico, ecc.*, in *Riv. ital. per le sc. giurid.*, vol. XXVIII.

(2) Sulla *vexata quaestio* le controversie accennano tutt'altro che ad appianarsi. Una breve esposizione critica delle tre diverse ipotesi (*traditio in inc. pers.*, *derelictio mo-*

prima ipotesi, fa giustamente osservare lo Schiller (1) come nel negozio automatico sia richiesta come condizione assolutamente necessaria una contro-prestazione (la moneta destinata a porre in funzione l'apparecchio), il che non si riscontra affatto nell'*jactus missilium* (2). Ma il Günther previene quest'obiezione e le conseguenze logiche delle sue affermazioni possono così riassumersi. Come i romani non hanno pensato a riconoscere nell'*jactus missilium* un contratto di donazione, mentre effettivamente avveniva una donazione, così nel negozio automatico può non riconoscersi un contratto di compra-vendita, mentre realmente v'ha una compra-vendita.

Soggiunge però egli che vi sono altri casi in cui non si tratta di donazione, ed adduce come esempio quello degli alberi di cuccagna, in cui per il conseguimento della cosa si richiede un certo lavoro o sforzo. Ma non v'è chi non veda che in quest'ultimo caso si tratta di un vero rapporto obbligatorio, e precisamente di una *promessa di ricompensa al pubblico* (3), poichè le cose sono poste come ricompensa del lavoro richiesto.

Posto così che l'uso dell'automa conforme alla volontà dell'espositore dà vita ad un negozio giuridico obbligatorio, procederò alla sua costruzione, ricercandone gli elementi formativi.

---

dificata, dereliotio simplex) si trova in Czyhlarz, Continuazione alle *Pandette* del Glück, lib. XLI, tit. I, § 1727 *e*. Io accedo all'opinione ultima del Perozzi (v. la nota *k* della traduzione italiana del libro citato) che ritenendo che la divergenza fra le due scuole dei Sabiniani e Proculiani riguardo all'acquisto della proprietà di cose derelitte si riferisse unicamente al momento della cessazione di proprietà nel derelinquente, e non alla causa di essa, spiega l'antinomia fra la L. 5 § 1 Dig. 41, 7 e la L. 9 § 7 Dig. 41, 1, nel senso che nella prima Pomponio parifichi l'*jactus* alla *derelictio*; nella seconda Gaio adduca come giustificazione dell'acquisto di proprietà di cose derelitte il caso dell'*jactus missilium* in cui questa giustificazione era evidentissima, poichè, secondo il Perozzi, tanto per i Sabiniani, quanto per i Proculiani l'acquisto della proprietà di cose derelitte avveniva non originariamente (per occupazione), ma in causa della volontà di fare avere la cosa che, meno evidente nella derelizione ordinaria, più manifesta nell'*jactus missilium*, sarebbe stata dai romani considerata come sempre presente nell'animo del derelinquente.

(1) Op. cit., pag. 17.

(2) Più ragionevolmente Neumond (op. cit. pag. 191), attenendosi alla teorica del Sohm (*Vertragsschluss unter Abwesenden und mit einer inc. pers.*, in *Zeitsch. f. d. gesammt. Handelsrecht*, Bd. XVII, S. 16-107), parla di un'offerta di *traditio in inc. pers.* Ma quella teorica è tutt'altro che incontrastata, mentre d'altra parte non ha che vedere col caso nostro; ragion per cui il Neumond cade in contraddizione quando ammette (pag. 193) che nel caso che l'automa non funzioni, il contratto sia ugualmente perfetto coll'atto di getto: come può egli ciò conciliare col principio del Sohm che il contratto di *traditio* si perfezioni colla consumazione dell'atto di tradizione fatta dal *tradens*? È inconcepibile poi parlar di *traditio* negli automi da servigi: vero è che il Neumond considera obietto di tradizione in questo caso l'automa stesso (pag. 195); ma da un lato ciò contraddice all'accezione di una *locatio-conductio rei* e *operis* (pag. 194) poichè si tratterebbe sempre di una *locatio-conductio rei*; d'altro lato non vi sarebbe ragione per cui nel caso di compra-vendita dovesse l'automa considerarsi semplicemente come mezzo alla conclusione del contratto, anzichè come obietto del contratto stesso.

(3) Vedi Messina, op. cit., pag. 100.

CAPITOLO II.

Gli elementi del negozio automatico.

§ 1.°

L'esposizione dell'apparecchio automatico.

Il primo atto che determina l'inizio del negozio giuridico automatico, il primo passo alla conclusione del negozio stesso è dato dalla esposizione che il possessore dell'automa ne fa in luogo pubblico o accessibile al pubblico. Quale il significato giuridico di questa esposizione?

Gli autori che si occuparono in particolar modo del tema presente procedono dalle tre ipotesi poste innanzi dallo Jhering (1), che cioè nell'esposizione di un automa possa vedersi o un invito a fare offerte, o una promessa al pubblico (*Auslobung*) o una vera e propria offerta; e dopo aver rigettate le due prime, accolgono concordemente la terza. Questo unanime consenso in una costruzione che in casi analoghi si presenta dubbia, dipende forse da un particolare carattere di certezza esplicantesi nel negozio automatico, carattere che cercherò di far risaltare procedendo per esclusione nell'esame delle ipotesi menzionate (2).

Considererò per prima l'ipotesi della promessa al pubblico (*Auslobung*). Ed anzitutto è necessario intendersi sul significato ed estensione di questo concetto. L'evoluzione storica che esso ha subìta ci dimostra come sia andato sempre più individuandosi nel sistema del diritto, a misura che si estese il suo contenuto di fatto, tanto che oramai esso appare come un istituto giuridico per sè stante, di speciale contenuto, inizialmente determinato da un atto unilaterale, ma bilaterale nel suo completo successivo sviluppo (3). Ora, se così è, l'ipotesi dello Jhering che l'esposizione di un automa possa considerarsi come una promessa al pubblico di ricompensa non ha fondamento, poichè quella non potrebbe trovare corrispondenza se non nell'atto iniziale di questo, ma non può essere questa stessa. Quando l'Auwers (4), il Gunther (5), lo Schiller (6) e lo Schels (7) istituiscono un raf-

---

(1) JHERING, *Jurisprudenz des täglichen Lebens*, Abschn. XXI, N. 11.

(2) Notisi intanto che nessun'altra potrebbe ragionevolmente indicarsene. Sta infatti che una dichiarazione di volontà può considerarsi o come un negozio giuridico per sè stesso perfetto, o come elemento costitutivo od iniziale di negozio, o come improduttiva per sè sola di alcun effetto giuridico.

(3) Vedi MESSINA, op. cit., pag. 66 e seg.

(4) Op. cit., pag. 7.

(5) Op. cit., pag. 13. Secondo questo autore e l'AUWERS (loc. cit.) il criterio proprio della promessa al pubblico di ricompensa starebbe nell'elemento della « utilità della prestazione che merita esser premiata ».

(6) Op. cit., pag. 22-23.

(7) Op. cit., pag. 7-8.

fronto fra la collocazione dell'automa e la promessa di ricompensa al pubblico, non si avvedono che equiparano l'elemento di un negozio bilaterale ad un negozio bilaterale bello e formato. A quest'ordine di idee si riferisce il contrassegno discretivo che lo Schiller trova nel carattere di ricompensa inerente all'istituto suddetto, carattere che dà appunto ad esso un contenuto specifico (1).

Nè si potrebbe considerare l'esposizione dell'automa come promessa unilaterale. Se tale fosse, dovrebbesi sottoporre l'espositore ad un vincolo immediato antecedente all'*jactus* dell'utente e da esso indipendente, vincolo che certo non è da lui voluto e che porterebbe a negargli la facoltà di ritirare quando che sia il suo apparecchio.

La seconda ipotesi vede nella esposizione un invito a fare offerte. Costruito su questa base il negozio automatico, il momento dell'offerta dovrebbe necessariamente trasferirsi all'atto di getto dell'utente, ed alla perfezione del contratto si richiederebbe ancora l'accettazione dell'espositore. Giustamente ciò viene ritenuto inammissibile (2); ne resterebbe infatti snaturata l'istituzione, in quanto si richiederebbe la presenza dell'espositore per l'accettazione (3).

Non può invece dubitarsi che la volontà dell'espositore miri direttamente alla conclusione del negozio, che cioè la dichiarazione contenuta nella scritta sia fatta nell'intenzione seria ed effettiva di obbligarsi per l'atto richiesto. Ove pertanto essa contenga gli elementi necessari alla sua completezza, l'indicazione cioè della moneta richiesta e della prestazione che vi corrisponde, l'esposizione di un automa costituirà una vera e propria offerta di contratto.

Sull'efficacia giuridica dell'offerta di contratto la pratica e la dommatica sono tutt'altro che concordi. V'ha un numero considerevole di legislazioni che riconoscono un vincolo nell'offerente (4) pur discordando nel fissarne la durata; nella dottrina poi, quando lo si ammette, lo si costruisce variamente (5). Nel

---

(1) Il carattere rimunerativo, come individuante l'*Auslobung*, fu rilevato e fermato dal Messina, che ha posto fine in tal modo alle incertezze sull'estensione e comprensione dell'istituto che si trovano in tutti gli autori precedenti.

(2) Auwers, op. cit., pag. 8. — Günther, op. cit., pag. 14. — Schiller, op. cit., pag. 21. — Schels, op. cit., pag. 7.

(3) Il Vivante (*Tratt. di dir. comm.*, vol. III, n. 1013) pare voglia riconoscere nel funzionare dell'apparecchio un'accettazione tacita; ma ciò non può ammettersi se non attribuendo all'automa una personalità. Neppure può ammettersi il paragone che il Günther istituisce fra l'automa e lo schiavo romano che era considerato come cosa. Se così fosse il non funzionare dell'automa per guasto dovrebbe considerarsi come rifiuto dell'offerta dell'utente, mentre resta sempre in tal caso nell'espositore la volontà di conchiudere il negozio.

(4) Cod. civ. austriaco, § 862 (Landrecht di Prussia), I, tit. 5.º, § 90; Cod. civ. tedesco, art. 145; Cod. della Luigiana, art. 1796, 1803; Cod. di comm. del Chilì, art. 98 Legge svizzera sulle obblig. (1879), art. 5; Progetto di cod. civ. giapponese, articolo 329.

(5) Regelsberger (*Civilr. Erört.*, S. 71 e seg.), posta come regola la revocabilità dell'offerta, ammette in alcuni casi un vincolo nell'offerente costruendolo su un contratto accessorio espresso o tacito di rinuncia alla revoca, contratto che non avrebbe bisogno di accettazione perchè ad esclusivo vantaggio dell'oblato. Koep-

diritto positivo italiano una tal questione non si presenta, poichè qualsiasi vincolo è espressamente escluso (art. 36 cod. di comm. cap. II); v'ha però chi lo sostiene in linea dottrinale (1). A me non interessa entrare nel merito della questione; m'interessa soltanto far rilevare che, se riesce dubbia l'ammissibilità giuridica di un vincolo nell'offerente a persona determinata, ancor più dubbia riesce nell'offerta *in incertam personam*, in cui sarebbe in molti casi impossibile ed illogico il fissare un termine al vincolo stesso (2). E nella esposizione di un automa si ha appunto un'offerta *in incertam personam*.

L'ammissibilità di tali offerte nel diritto moderno non è più oggi contestata; è discusso invece se essa fosse riconosciuta nel diritto romano. Non intendo qui prendere decisamente posto in una questione perpetuamente dibattuta fra i più grandi romanisti; dirò soltanto che a torto lo Schiller (3) ritiene convincente la deduzione del Sohm (4) che, ammessa nel diritto romano la *traditio in incertam personam*, ne argomenta la possibilità di un *contrahere cum incerta persona*. Discutibile è già la premessa del Sohm ed ancor più l'illazione, specialmente dopo lo studio del Perozzi (5) inteso a dimostrare come ai romani fosse affatto estraneo il concetto di un contratto di tradizione (6).

Del resto non v'ha bisogno di forzare il concetto romano dell'obbligazione alla dimostrazione della validità dell'offerta *in inc. pers.*; il riconoscerla è divenuto una necessità imprescindibile del diritto moderno, in cui la straordinaria espansione del traffico ha dato origine a speciali istituti che non potrebbero esplicare la funzione loro propria ove non trovassero un'efficace protezione nel diritto: nè questo può avere il compito di inceppare, anzichè agevolare la facilità e speditezza degli scambi

---

PEN (*Jh. Jahrb.*, XI, pag. 144 e seg., 350 e seg.) ritiene che ove si consideri l'offerta nel diritto obbligatorio come elemento iniziale del negozio non possa ammettersi nell'offerente un vincolo; questo non può sussistere se non considerando l'offerta come negozio giuridico per sè stante, e come tale egli la considera. MARSSON (*Die Natur der Vertragsofferte*, S. 40 e seg.) afferma non potersi fondare il vincolo dell'offerente se non su una sua dichiarazione di volontà, e siccome questa, prima dell'accettazione, non ha esistenza giuridica, ma solo esistenza di fatto, potrà esser sempre liberamente revocata; anzi, la stessa rinuncia alla revoca, espressa o tacita, di cui REGELSBERGER, non può prima dell'accettazione aver efficacia di mantener ferma nell'offerente la sua volontà. JHERING (*Jahrb. f. d. Dogm.*, X, S. 469), in correlazione alla sua teoria sugli effetti passivi dei negozi in formazione, designa il vincolo dell'offerente come obbligo secondario. WINDSCHEID ritiene infondato il principio della irrevocabilità (v. *Pand.*, II, § 307, nota 7 e gli autori ivi citati). Ultimamente LÖHE (*Das Vertragsangebot nach d. B. G.-B.*, S. 16) fonda quel vincolo sulla buona fede commerciale.

(1) Così GABBA (*Foro ital.*, 1897, I, col. 28), ritenendo irrazionale la citata disposizione del nostro cod. comm. sulla libera revocabilità, sostiene l'ammissibilità nel diritto civile di un vincolo basato sulla teoria Siegeliana della promessa unilaterale.

(2) È forse per ciò che in generale le offerte *in incertam personam* si vogliono costruire come promesse unilaterali (v. JACOBI, in *Jhering's Jahrb.*, Bd. XXXV, S. 54 sg.).

(3) Op. cit., pag. 27.

(4) In *Zeitschrift f. d. gesam. Handelsrecht*, Bd. XVII, S. 16-107.

(5) PEROZZI, *Della tradizione*. V. anche CHLAMTACZ, *Die rechtliche Natur der Uebereignunsart durch Tradition*, che ne accoglie interamente la teoria (*Arch. giurid.*, 1898, vol. LXI, pag. 692 e seg., nota di MANCALEONI).

(6) V. l'esposizione critica dei vari argomenti che si adducono a favore dell'offerta *in inc. pers.* in MESSINA, op. cit., pag. 26 e seg.

Se praticamente necessaria quest'accezione non è d'altra parte teoricamente impossibile. È stato dimostrato, e continuamente si ripete che se è inintelligibile un contratto con persona indeterminata, può ben concepirsi un'offerta diretta a persona indeterminata; poichè se la persona dell'oblato nell'offerta può rimanere indeterminata essa è certamente determinata al momento dell'accettazione, onde il contratto sarà sempre conchiuso con persona certa. Così nel negozio automatico l'oblato viene a determinarsi per l'*jactus;* nè si vorrà negare validità al contratto solo perchè egli rimane sconosciuto all'offerente, dal momento che è carattere delle offerte *in inc. pers.* l'indifferenza per l'offerente della persona dell'oblato; anzi la natura del nostro negozio è tale che neppure viene in considerazione nella conclusione del contratto la persona dell'offerente che può anche restar sconosciuta all'oblato.

Ma, si dice, l'offerta fatta per mezzo di automa non è propriamente diretta ad una persona indeterminata, ad uno cioè del pubblico, ma « al pubblico »; e la differenza si ritiene tanto notevole che, a dire del Biermann (1), secondo l'espressione dominante l'espressione stessa « offerta al pubblico » sarebbe un controsenso. Quale la ragione di questa differenza?

L'aver trascurato di precisarla è stata forse la causa principale della grande incertezza dominante in materia; chi poi, come il Neumond (2), volle farlo, prese per criterio discretivo la possibilità o meno di determinare in precedenza per mezzo dell'offerta il numero degli accettanti; certamente, credo io, per confinare nel concetto di offerta al pubblico tutte quelle offerte che secondo la sua opinione non dovevano esser riconosciute valide.

Prima pertanto di procedere oltre cercherò di precisare i concetti di offerta *in incertam personam*, offerta al pubblico. A me pare che a queste due espressioni non si possa attribuire, come si suol fare, un significato antitetico.

L'offerta *in incertam personam* è infatti un'offerta al pubblico, in quanto essa è sempre rivolta ad un pubblico più o meno ristretto; e viceversa l'offerta al pubblico è offerta *in incertam personam*, poichè nessuno vorrà affermare che con quell'espressione si voglia intendere il pubblico considerato come insieme. Ove adunque si consideri, per così dire, l'aspetto subbiettivo dell'offerta, essa esiste nell'un caso e nell'altro dinanzi ad un pubblico; quindi in questa direzione l'unica distinzione istituibile fra le varie specie di offerte mi parte la seguente: offerta a persona determinata e offerta al pubblico. Ma un'ulteriore distinzione può farsi fra le offerte al pubblico: in una dichiarazione di volontà può contenersi o una solo offerta, oppure una pluralità di offerte che hanno tutte la stessa forma ed un contenuto eguale: sono queste ultime che talvolta si denomi-

(1) Op. cit., pag. 292.
(2) Op. cit., pag. 176 e seg.

nano offerte al pubblico, mentre a me pare più corretto designarle come offerte *in incertas personas* in opposizione alle prime che sarebbero offerte *in incertam personam*, avvertendo però che questa diversa terminologia sta ad indicare una differenza puramente formale, poichè in ultima analisi l'offerta *in incertas personas* si riduce ad una puralità di offerte *in incertam personam*.

Ora l'offerta automatica è anzitutto un'offerta al pubblico, in quanto che l'espositore si rivolge con essa a tutti coloro che ne prenderanno conoscenza, è poi più specialmente un'offerta *in incertas personas* poichè contiene una pluralità di offerte, determinata negli automi da merci, indeterminata in quelli da servigi.

Ad un'offerta siffatta si vuole da molti negare validità, mentre nel caso particolare dell'offerta automatica tutti gli autori che se ne occuparono si trovarono necessitati a riconoscerla valida. E primo il Sohm (1), che dimostra la possibilità logica e giuridica dell'offerta *in incertam personam*, ne restringe la validità solo al caso in cui essa sia indirizzata ad *una* persona indeterminata, che verrà a determinarsi per l'azione di accettazione posta dall'offerente. « L'offerta, egli dice, deve col suo proprio contenuto dare il modo con cui l'*incerta persona* si muterà in *certa* »; non riconosce perciò il carattere di offerte a quelle dichiarazioni che sono indirizzate a più persone (2) poichè la natura dell'offerta richiede un unico oblato (3). Queste sarebbero

---

(1) Op. cit.

(2) Si vuol qui parlare di quelle offerte che ammettono più accettazioni, ossia delle offerte *in incertas personas*. Avendo già fatto notare come tutte le offerte *in incertam personam* siano indirizzate a più persone, mi limiterò d'ora innanzi a rilevare queste improprietà d'espressione.

(3) La confusione qui è evidente, poichè lo stesso Sohm ammette la validità dell'offerta che io denomino « *in incertas personas* ». Una fra le ragioni per cui il Sohm ed in generale i giuristi tedeschi propendono a restringere l'efficacia dell'offerta al pubblico la si deve ricercare nella disposizione contenuta nella prima parte dell'art. 337 del passato cod. di comm. germanico così concepita: « L'offerta di vendita che vien resa nota a più persone, in particolare per comunicazione di listini di prezzi, cataloghi, campioni.... non è offerta vincolante ».

E poichè il Vivante vorrebbe accoglierne il disposto per il diritto italiano non sarà inutile fermarvi l'attenzione, anche perchè una tal questione riguarda direttamente quella generale dell'offerta al pubblico.

I commentatori stessi del codice suddetto, pur divergendo variamente nell' interpretazione di quell'articolo, ritengono in generale che in esso non sia stabilito un principio generale assoluto, ma vi vedono ora una presunzione (Anschutz e Völderndorff apud Gareis, in *Endemann's Handbuch*, II, p. 565, nota 26; Hahn, *Comm. z. D. H. G. B.*, pag. 328 e seg.; Cosack, *Handelsrecht*, 3. Aufl., pag. 121-122 e Gareis und Fuchsberger, *Comm. z. D. H. G. B.*, § 337, n. 3 apud Schiller, op. cit., pag. 30), ora una semplice norma per l'interpretazione di volontà (in *Endemann's Handbuch*: Gareis, II, pag. 565 e Regelsberger, II, pag. 428. — Schiller, op. cit., pag. 31); ed il Biermann (op. cit., pag. 311) arriva ad affermare non potersi ad esso attribuire altro significato se non quello di aver voluto escludere nell'offerente pubblico quel divieto di revoca che l'art. 310 del passato cod. di comm. germanico poneva per l'offerta a persona determinata. È notevole il fatto che l'art. 337 non fu riprodotto nell'attuale codice.

Più favorevolmente si dichiarò per la validità di un'offerta così fatta la dottrina francese. Essa viene ammessa senza restrizione dai Lyon-Caen e Renault (*Précis de droit commercial*, I, n. 632 e nota 3), dai Massé e Vergé (sur Zachariae, III, § 613, pag. 552, nota 5). Il Pardessus (*Cours de droit comm.*, II, n. 269) la pone come principio generale, pur rilasciando al giudice la decisione dei singoli casi. Il Troplong (*De la vente*, n. 124) adduce in contrario che l'offerente a mezzo di listini, cir-

offerte al pubblico, dirette non ad un singolo che accetterà, ma a chiunque voglia accettare.

Tenendo fermo questo concetto, anzi meglio illustrandolo il Biermann (1) porta innanzi un gran numero di casi (fra cui quello degli automi) in cui il riconoscimento dell'offerta al pubblico, come vera e propria offerta vincolante, si presenta come imprescindibile necessità giuridica e pratica; dietro di che egli dimostra come anche le offerte al pubblico siano offerte a persona singola, a colui cioè che « vuol accettare », e che quindi debbano ritenersi come vere offerte sempre che concorrano i requisiti della *completezza* e dell'*indifferenza* per la persona dell'oblato.

Oppone a ciò il Sohm che « dev'essere la volontà dell'offerente e non la volontà dell'oblato come tale quella che deve determinare l'oblato ». Deve cioè l'offerente indicare nell'offerta il fatto che individui quella persona del pubblico che potrà conchiudere il contratto. Ma perchè questo fatto non potrà consisistere nell'accettazione stessa? Se quel requisito mira a rendére impossibile che un'offerta *in incertam personam* possa essere accettata validamente da più persone, lo scopo si consegue ugualmente quando quel fatto, anzichè esser anteriore ed indipendente dall'accettazione, si risolva nell'accettazione stessa. Così se in una vetrina venga offerto un oggetto a prezzo fisso, il primo che si presenterà ad acquistarlo escluderà con quest'atto ogni altra valida accettazione; ed il Sohm ammette la validità di una tale offerta.

Dietro il Biermann lo Schiller, attenendosi alla tendenza dominante di considerare in prima linea la volontà delle parti, dimostra come la teoria del Sohm sia estendibile alle offerte al pubblico (2), chè anzi praticamente lo stesso Sohm viene ad ammettere quando le costruisce come offerte dirette a diverse persone distintamente, a quelle cioè che accetteranno l'offerta. Giu-

---

colari, cataloghi « può vendere ad altri compratori che si presentano nei suoi magazzini, e coloro che hanno ricevuto la sua circolare non possono dolersene » quasichè dovesse egli esser obbligato per la semplice notizia che questi ne prendano. In Italia il VIVANTE (*Trattato*, vol. III, n. 1004 *e*) la classifica fra le offerte in cui manca nell'offerente « l'intenzione di restare obbligato se il destinatario aderisce alla sua proposta », e nelle offerte fatte al pubblico a mezzo di listini, circolari, cataloghi, quest'intenzione farebbe difetto perchè l'offerente non può voler « obbligarsi senza misura o a prestazioni impossibili ». Ma l'offerente non intende restar obbligato per l'offerta fatta in quel modo verso tutti coloro che prendendone notizia vorranno accettare, precisamente come l'imprenditore di uno spettacolo teatrale non intende restar obbligato verso tutti coloro che vorranno assistere ad esso; ma nell'un caso e nell'altro verso coloro che effettivamente accetteranno e *potranno* accettare la sua offerta. Così mi par naturale che chi offre ad esempio un oggetto prezioso, un libro antico, voglia restar obbligato solo verso il primo che accetterà e non verso i susseguenti che accetterebbero un'offerta che più non esiste. Tale è la sua volontà, nè essa può venir meno o mancar di serietà unicamente per il mezzo con cui vien resa pubblica.

(1) Op. cit., pag. 297 e seg. Quest'autore definisce offerte al pubblico quelle dirette a « chi vuol accettare »: ma non si capisce se vi comprenda quelle offerte di cui il SOHM dice che « devono col loro contenuto dare il modo con cui l'incerta persona si muterà in certa ».

(2) Lo SCHILLER intende per offerta al pubblico quella che si è designata come offerta *ad incertas personas*, riconoscendo che quell'espressione è inesatta (op. cit. pag. 31, nota 2).

stamente obietta lo Schiller come tale costruzione pecchi teoricamente di poca naturalezza; ne deriverebbe infatti per logica conseguenza che la qualità di oblato sarebbe data dall'atto di accettazione, e quindi l'offerta non esisterebbe che per coloro che accettano; onde si verrebbe a snaturare il carattere dell'offerta, la quale ha esistenza indipendentemente dall'accettazione, ed alla ulteriore inevitabile conseguenza che un'offerta non potrebbe essere rifiutata (1).

Più accuratamente viene esaminata la questione dal Neumond che si preoccupa delle conseguenze poco eque cui potrebbe portare l'accezione incondizionata dell'offerta al pubblico. Egli si studia di pervenire per via puramente logica ad una distinzione nel campo delle offerte *in incertam personam* fra offerte vincolanti che poco esattamente designa come offerte *in incertam personam* in opposizione alle offerte al pubblico che sarebbero inviti ad offerire; ed il criterio discretivo trova nella possibilità o meno di determinare in precedenza il numero degli accettanti. Venendo poi al caso degli automi egli dichiara applicabile il suddetto criterio, ma poichè a me pare che l'offerta automatica stia proprio a dimostrare l'inutilità giuridica di qualsiasi distinzione tra le offerte al pubblico, fermerò un po' l'attenzione sul fondamento della distinzione da lui istituita.

Offerta valida, o, come il Neumond la chiama, offerta *in incertam personam* è solo quella in cui può in precedenza stabilirsi il numero di coloro che accetteranno. Esaminiamo i casi che il Neumond pone sotto questa categoria. Un primo esempio è quello di colui che offra un oggetto a chi entro un dato tempo farà l'offerta più alta. È evidente che qui uno solo potrà essere l'accettante, e quindi l'offerta viene diretta ad una persona indeterminata. Ma il Neumond non esclude dalla prima categoria l'offerta a *più* persone indeterminate, ed adduce l'esempio degli *omnibus*, in cui si ha un'offerta valida a tante persone quante possono trovare posto in essi: infatti, egli dice, il numero degli accettanti potrà determinarsi in precedenza dal numero dei posti disponibili. Viene poi ad equiparare a questo il caso dei cibi che vengono esposti nelle « Stehbierhallen » di Berlino e quello degli automi.

Consideriamo ora il caso che designa come offerta al pubblico: « Si vendono le *Pandette* del Dernburg, 3.ª ed., nuovissimo, per 20 Mk. ». Qual differenza havvi, io chiedo, fra questo caso ed i precedenti nel riguardo di quel criterio di cui sopra? Forse che non è anche qui determinabile in precedenza il numero degli accettanti? Non potrà forse tanto nei primi, quanto nel secondo caso esservi qualcuno che, pur volendo accettare, non lo potrà perchè l'offerta è di già stata esaurita? Obietta il Neumond che nel secondo caso potrebbe esservi un numero incalcolabile di accettanti che certo l'offerente non aveva in mira di soddisfare: ma ciò non si verifica anche nel primo caso? Come può quindi

(1) Così anche GÜNTHER, op. cit., pag. 16.

sostenersi che la volontà di vincolarsi nell'offerente esista nei primi casi e non nel secondo?

Le erronee conseguenze cui il Neumond perviene derivano forse dall'aver tenuto di mira il caso pratico in cui l'offerente possa esser obbligato ad eseguire una prestazione verso più accettanti contemporanei. Così mentre egli crede di seguire un processo esclusivamente dialettico, astraendo dalle pratiche contingenze, a me pare che dialetticamente si debba pervenire a ben altro risultato, partendo dalle stesse premesse da lui poste.

Due momenti, egli dice, caratterizzano l'offerta: deve cioè esser rivolta ad una persona determinata e contenere gli *essentialia negotii*. Il primo momento si è nell'evoluzione storica del diritto andato modificando: basato sulla inconcepibilità di un contratto con persona incerta, esso venne a cadere quando si dimostrò non esser essenziale alla natura giuridica dell'offerta che la persona cui questa veniva diretta fosse determinata fin dal momento iniziale della formazione del negozio, poichè questa determinatezza la si sarebbe avuta in seguito, e prima che il contratto si perfezionasse (1).

Se pertanto a quest'accezione era di ostacolo unicamente l'inintelligibilità del contratto con persona incerta, niente interessa che la determinatezza si abbia in un momento piuttosto che in un altro anteriormente al contratto, posto che questa determinatezza la si richiede soltanto nel momento perfezionativo del contratto. Perciò essa sussisterà anche nell'offerta diretta « a chi vuol accettare », poichè anche in questa sarà sempre *una* la persona che coll'accettazione si renderà certa.

Teoricamente adunque devesi giungere alla esclusione assoluta del primo momento, e ritenere offerta valida quella che contiene gli *essentialia negotii*. Praticamente tale accezione potrebbe causare inconvenienti, ma non possono questi dar base ad una distinzione scientifica fra offerte che per sè stesse hanno tutte lo stesso carattere di validità: una simile distinzione non può essere che arbitraria.

In un'altra distinzione invece si fa palese la ragione di quegli inconvenienti. Dei contratti che seguono alle offerte al pubblico alcuni si conchiudono fra presenti, altri fra assenti. Nel primo caso non può verificarsi il caso di accettazioni che superino il numero delle offerte: colui infatti che volesse salire sull'omnibus quando questo è al completo, acquistare in un *bazar* una merce

---

(1) Si parla a questo proposito di determinatezza obiettiva; e comunemente la si vuol riscontrare in quei soli casi in cui l'offerta venga fatta, per esempio, a chi troverà, a chi farà meglio, al miglior offerente, ecc., nei casi cioè in cui il fatto che rende possibile a chi lo eseguisce di accettar l'offerta, è distinto dall'accettazione stessa. Ora se in questi casi la determinatezza obiettiva la si intende come esistente fin dall'istante in cui vien fatta l'offerta, essa non potrà d'ordinario essere che una determinatezza astratta, che val quanto dire una determinatezza indeterminata, giuridicamente irrilevante e quale del resto si ritrova in qualsiasi offerta in incerta persona. Che se poi, come è giusto, la si fa datare dall'avverarsi del fatto posto come condizione a valida accettazione, non si comprende perchè essa non possa subentrare in un momento qualunque anteriore o simultaneo alla perfezione del contratto, e quindi non debba riscontrarsi in qualsiasi offerta completa.

esaurita, ecc , non potrebbe validamente accettare, poichè al momento dell'accettazione sarebbe a lui nota la revoca dell'offerta. Non così nel secondo caso, in quanto che è facile che l'accettazione segua quando l'offerta è stata già revocata, senza che in molti casi sia materialmente possibile che l'accettante abbia notizia della revoca. Ma dovrebbero per ciò solo costruirsi questi casi come inviti ad offerte? Può affermarsi, come fa il Neumond, che in offerte siffatte faccia difetto nell'offerente la volontà di obbligarsi? Certo no se si pensa che egli non intende vincolarsi verso tutti coloro che prenderanno notizia della sua offerta, ma solo verso quelle persone che accetteranno prima che l'offerta sia esaurita.

Potrebbe obiettarsi non esser equo che l'offerente debba esser tenuto al risarcimento dei danni ove l'accettazione fosse seguita prima che la revoca dell'offerta venisse a cognizione dell'accettante secondo l'art. 36 cap. 2.° del codice di commercio. Ma anzitutto è questo applicabile alle offerte al pubblico? S'è visto infatti che la singolare natura loro potrebbe richiedere norme speciali (1). Sarebbe quindi necessario, per risolvere la questione posta, ricercare il fondamento di quella disposizione e vedere se sia equo estenderla al caso in esame.

Numerose sono le costruzioni al riguardo proposte, l'esame critico delle quali sarebbe qui fuor di luogo; mi basterà notare che se il fondare una responsabilità nell'offerente riesce arduo nel caso di revoca dell'offerta, ancor più lo è ove, come qui, si tratti di esaurimento dell'offerta, di un fatto cioè in cui non concorre la volontà del responsabile. Qualcosa di analogo v'ha nel caso di morte o sopravvenuta incapacità dell'offerente dopo l'offerta e prima che l'accettazione sia giunta a notizia dell'offerente stesso, in cui non si ha un esaurimento dell'offerta, e nondimeno riesce oltremodo difficile il giustificare un obbligo negli eredi (2).

Io ammetto quindi col Biermann che l'offerente possa, dopo l'esaurimento dell'offerta, opporre ai successivi accettanti una *justa causa* di rifiuto, sempre che non incorra in colpa, come nel caso che trascurasse di far nota la sopravvenuta inesistenza della dichiarazione di offerta. Questa costruzione mi pare più accettabile di quella che, considerando le offerte fatte pubblicamente come inviti ad offerire, attribuisce all'invito ad offerta un valore giuridico nel senso che l'invitante sarebbe vincolato ai *dicta vel promissa* sotto condizione che il contratto venga ad esistenza (3). Ognun vede che il vincolo che si vuole con ciò attribuire all'invitante è irrisorio, potendo questi sempre impedire la formazione del contratto per qualunque ragione ed anche arbitrariamente. Mentre quindi con la costruzione del Biermann si

(1) Così, per esempio, non può per esse ammettersi l'effetto della irrevocabilità che molte legislazioni attribuiscono alle offerte *in incertam personam*.

(2) L'Jhering (*Jahrb. f. d. Dogm.*, IV, pag. 92) riconosce che la sua teoria della colpa trova qui un forte ostacolo; nondimeno crede di superarlo fondando la colpa dell'offerente sul mezzo scelto per contrarre fra assenti: l'offerente con esso si espone ad un pericolo che avrebbe potuto evitare contraendo fra presenti.

(3) Così Gareis, in *Hendemann's Handbuch*, Bd. II, S. 569-570 e nota 41.

perviene allo stesso risultato d'impedire la formazione del contratto in quei casi in cui questa riuscirebbe contro l'intenzione dell'offerente pubblico, con la seconda, da un lato non si tutela affatto la legittima aspettativa di chi fida nella dichiarazione seria di volontà del pubblico offerente, dall'altro non si evita l'inconveniente che quest'ultimo possa trarre illecito vantaggio dalla particolare condizione in cui può trovarsi chi aderisce all'invito da lui fatto, rifiutando a costui i *dicta vel promissa* e presentando una proposta più gravosa.

Nessun ostacolo serio alla costruzione adottata forma il caso, praticamente raro, di accettazioni contemporanee di un'offerta unica (1). Il rapporto infatti che ne nasce non può riguardare che gli accettanti, e non l'offerente, il quale potrebbe esser liberato solo quando quelli, non riuscendo ad accordarsi sul diritto acquisito, concordemente vi rinunziassero. Ad eccezione di questo caso non v'è ragione per cui il *vinculum juris* non debba sussistere: il diritto che ne promana viene acquisito agli accettanti contemporanei, fra i quali si stabilisce un rapporto di comunanza che potrà risolversi diversamente secondo la volontà concorde delle parti, e secondo che l'oggetto dell'offerta sia o no divisibile.

Dopo quanto s'è detto può affermarsi che l'accezione illimitata dell'offerta al pubblico non urta contro alcuna impossibilità teorica. Praticamente essa trova unico limite nella non indifferenza per l'offerente della persona dell'accettante; al di fuori di questo caso l'utilità pratica del suo riconoscimento non ha bisogno di esser dimostrata, tanto che essa ha profonde radici nella coscienza popolare. Come avviene anche per le offerte *in certam personam*, si verificano degli inconvenienti nel caso di conclusione di contratto fra assenti; ma ben altri se ne avrebbero dal considerare le offerte al pubblico come inviti ad offerte. E' per ciò che la scienza giuridica, quando anche propenda per forza di tradizione a respingerla, si trova costretta ad ammetterla in tutti quei casi in cui il contratto non potrà conchiudersi che fra presenti. Ora l'offerta automatica, che mi varrà a giustificare la suesposta teoria, sta con la sua unanime accezione a dimostrare come l'offerta al pubblico possa e debba esser ammessa anche quando il contratto si concluderà fra assenti.

Non vale certo contro la conclusione cui si è pervenuti l'obiezione dello Ihering, ancor ligio del resto al requisito della persona certa (2) che la responsabilità dell'offerente non avrebbe un limite (3); e neppure quelle arbitrarie interpretazioni della

(1) Di esso si occupò già BARTOLUS [ad L. 29 D. *de her. inst.* (28,5) e ad L. 10 D. *de rebus dubiis* (34, 5)], decidendolo diversamente secondo la supposta intenzione del promittente pubblico. Vedi pure CUJACIUS [*Interpret.* in *Jul. Pauli Rec. Sent.*, T. VII ad L. 10 D. (34,5) c. 1468-69, C.D] e PUFFENDORFIUS (*De jure nat. et gent.*, V, c. 12, § 14).

(2) Vedi *Jahrb. f. d. Dogm.*, Bd. VII, S. 173 ff. e 379.

(3) Vedi *Jahrb. f. d. Dogm.*, Bd. IV, S. 95 ff.

volontà dell'offerente pubblico che il Regelsberger (1) ed altri vogliono dedurre dal mezzo o modo con cui venne fatta l'offerta (2). Lo stesso è a dirsi di quelle conseguenze contrarie al buon senso ed all'equità che i giuristi tedeschi generalmente traggono dall'ammissibilità dell'offerta al pubblico, conseguenze che derivano da una inopportuna estensione all'offerta al pubblico del principio dalla legge tedesca stabilito secondo cui l'offerente è vincolato all'offerta fatta (3). Questo principio, se può esser razionale e pratico nell'offerta a persona determinata, non si presenta altrettanto attuabile praticamente nell'offerta al pubblico in cui non può in molti casi fissarsi la durata di quel vincolo, senza che tuttavia faccia difetto nell'offerente una seria intenzione di obbligarsi; e non è logico il voler escludere questa sol perchè si ammette la revocabilità dell'offerta (4).

In Francia, la giurisprudenza, anche qui improntata dello spirito eminentemente pratico che la contraddistingue, si è ripetutamente pronunziata a favore dell'offerta al pubblico (5), seguendo le orme del Casaregis che già affermava che l'*hospes*, il *tabernarius*, ecc., dovessero esser tenuti all' offerta *publice facta*, e poneva lo stesso limite alla responsabilità dell'offerente che si riscontra nel Biermann: « ..... ob aliquam justam vel rationabilem causam ab illis obligationibus se excusare possint » (6). Non disforme è la dottrina: l'ammettono senza restrizioni i Lyon-Caen e Renault (7), i Massé e Vergé (8), i Delamarre e Lepoitvin (9), il Laurent (10). Il Guillouard, nel caso che essa venga fatta per listini, circolari, ecc., la riconosce valida sempre che sia accettata immediatamente; ma tal limite, escogitato per impedire che l'offerente possa addurre a sua discolpa di aver già venduto ad altri, oltre che di dubbia applicabilità pratica per la sua indeterminatezza, è anche irrazionale, nè risponde alla volontà dell'offerente.

In Italia il Vivante ritiene valida l'offerta al pubblico quando sia circondata da tali limiti o naturali o volontari da renderne sempre possibile l'esecuzione (11). Ma quale è il significato ed il valore pratico di una tale limitazione? Certo avrebbe importanza che l'offerente dichiarasse di fronte al pubblico entro quali limiti intenda obbligarsi, qualora egli dovesse essere vincolato a quella dichiarazione; ma poichè egli è libero di revocarla quando che sia, la fissazione di quel limite naturale o volontario appare inutile. E posto pure che sia presumibile che l'offerente mantenga

---

(1) *Civilrecht. Erört.*, S. 49 ff.; *Endemann's Handbuch*, II, S. 426 ff.
(2) Si è già detto che su ciò non si può fondare neppure una presunzione.
(3) *Bürg. Gesetzbuch*, § 145.
(4) Così il RICCA BARBERIS, op. cit., p. 356.
(5) Vedi DALLOZ, *Jurisp. Génér.*, 1855, II, pag. 329; 1856, II, pag. 105; 1867, I, pag. 471; 1869, III, pag. 14; 1882, II, pag. 208 e III, pag. 210.
(6) CASAREGIS, *Discursus legales de Commercio*, disc. CXC, n. 10, 11.
(7) *Traité de droit commercial*, seconda edizione, n. 22.
(8) Sur ZACHARIAE, loc. cit.
(9) *Journal du Palais*, 1853, pag. 261, nota 1.
(10) *Droit civil français*, vol. XV, n. 474.
(11) *Trattato*, III, n. 1003, pag. 17.

sempre ferma la sua proposta che interessa al pubblico l'esistenza di un limite naturale o volontario? Che interessa, ad esempio, che un libraio dichiari il numero di copie disponibili di un dato libro che tiene nel suo magazzino? Chi ha interesse ad acquistarlo lo farà in ogni caso colla maggior premura; nè un calcolo molto incerto che egli potesse fare sul limite dichiarato dall'offerente può aver rilevanza giuridica. Anche nell'offerta automatica di oggetti v'ha un limite naturale o volontario, dato o dalla contenenza dell'automa o dal numero degli oggetti offerti; ma esso non è fatto noto al pubblico, e sarebbe perfettamente inutile che lo fosse, poichè non può ciascun accettante sapere quante offerte siano state in precedenza validamente accettate. E se niente interessa che un tal limite sia reso noto al pubblico, è, in tesi generale, necessario che esso esista, posto che, come s'è detto, l'offerente è sempre libero di estenderlo o di ridurlo? (1).

L'offerta al pubblico nell'estensione in cui la si è ammessa pare riconosca per il diritto italiano il Ricca-Barberis (2), prendendo occasione dal considerare l'offerta automatica. Non mi sembra però troppo evidente che, come egli dice, l'offerta automatica, e quindi anche l'offerta al pubblico, si spieghi con una « retta applicazione dei principî di diritto comune ». Per il diritto italiano essa non si spiega unicamente col principio della revocabilità dell'offerta, mentre la questione sulla sua ammissibilità versa principalmente sul punto se ed in quanto possa esser valida l'offerta rivolta contemporaneamente ad un numero indeterminato di persone; nè per il diritto tedesco essa si spiega col principio che la « direzione ad un gran numero di persone abbia per effetto unicamente la scelta di quell'individuo che può venir in campo come accettante » o coll'altro della « possibilità o meno di determinare in precedenza il numero degli accettanti »: l'offerta automatica, come s'è visto, sta contro il primo principio, e dimostra l'inutilità pratica del secondo. Strana mi pare poi l'affermazione del Ricca-Barberis che nel diritto tedesco il concetto di offerta al pubblico non abbia ragione di esistere (3) mentre in seguito egli viene ad ammetterla come offerta a persone indeterminate: forse che nel diritto italiano ed in qualsiasi sistema giuridico può concepirsi un'offerta al pubblico che non si risolva in un'offerta *in incertam* o *in incertas personas*?

---

(1) Per ciò mi pare possa anche ammettersi che il negoziante che offre al pubblico una data merce ad un dato prezzo per una data misura di volume o di peso, debba esser vincolato a soddisfare nel modo dichiarato tutti gli accettanti (sempre che non revochi l'offerta), finchè egli abbia merce da offrire nel magazzino o possa rifornirsene.

(2) Op. cit.

(3) A ciò il Ricca-Barberis perviene nel modo seguente: dall'essere nel diritto germanico l'offerta dichiarata irrevocabile, sempre che il vincolo non sia escluso dall'offerente, ne deduce che quando questo vincolo non possa presumersi (e ciò si avrebbe nelle offerte al pubblico) la dichiarazione di offerta debba valere come invito ad offerire. Egli però confonde l'irrevocabilità colla volontà di obbligarsi: ciò che dà il carattere giuridico di offerta ad una dichiarazione di volontà, e nel diritto italiano e nel germanico è la volontà di obbligarsi in essa contenuta; l'irrevocabilità è un effetto che può oppur no esser attribuito alla dichiarazione.

Può concludersi per la validità di qualsiasi offerta al pubblico sempre che sia completa, sia fatta coll'intenzione di vincolarsi per l'accettazione, e sia indifferente al proponente la persona di chi accetterà. Questi requisiti si riscontrano tutti nell'offerta fatta per mezzo d'automa, nella quale son contenute tante offerte quanti sono gli oggetti negli automi da merci, innumerabili negli automi da servigi. Essa quindi può esser accettata validamente entro quei limiti, al di fuori dei quali non ha esistenza.

§ 2.°

L'jactus pecuniae.

Secondo elemento del negozio automatico è l'*jactus pecuniae*, l'atto cioè che l'espositore dell'automa richiede da chi voglia usare di questo, e che consiste, come s'è detto, nel getto d'una determinata moneta all'interno dell'apparecchio automatico. Sarà facile riconoscere in quest'atto la figura giuridica dell'accettazione ove si consideri la direzione della volontà dell'*jactans*. Non è possibile che questi, col getto della moneta, intenda iniziare un negozio, poichè questo per il successivo suo svolgersi e perfezionarsi dovrebbe in tal caso richiedere una dichiarazione di volontà che certo l'*jactans* non attende, posto che neppur si cura della presenza di chi dovrebbe darla. Egli invece fa sua la volontà che gli si rende manifesta nella scritta apposta all'esterno dell'apparecchio, e, coll'attenersi al dettato di essa, intende aver diritto, per l'esecuzione dell'*jactus*, a ciò che gli si promette; manifesta quindi coll'*jactus* una volontà seria e risoluta di obbligare a sè l'espositore dell'automa.

Ma potrà una dichiarazione di volontà qualsiasi perfezionare l'accettazione? È da notarsi come nel negozio automatico non richiedendosi, per un suo particolar carattere, la notificazione dell'accettazione all'offerente, si renda impossibile quel dibattito fra offerente e oblato che suole precedere le ordinarie conclusioni di contratto. Ne viene per conseguenza che in esso la volontà dell'offerente è legge per l'oblato; essa determina tutta l'essenza e le modalità del negozio, e ad essa deve l'accettante strettamente attenersi nell'accettazione dell'offerta: ove in qualche punto se ne discosti che nelle ordinarie conclusioni di contratto possa esser considerato come affatto accessorio, e quindi non invalidante il consenso, l'accettazione non sarà valida. Ora l'offerente richiede l'esecuzione dell'*jactus;* solo dopo l'esecuzione di quest'atto avrà l'oblato efficacemente accettato. Giustamente fa osservare al proposito lo Schiller che l'oblato potrebbe cento volte aver manifestato all'offerente la sua intenzione di voler aderire all'offerta, senza che per ciò il negozio automatico venga a perfezione (1). Non v'ha invece bisogno che egli manifesti la sua volontà a pa-

(1) Vedi SCHILLER, op. cit., pag. 40-41. Potrebbe in tal caso aver vita un contratto preliminare, ma non lo speciale contratto automatico.

role, espressamente; il consenso che si richiede non è espresso, ma tacito. Questo è dato da tutti quei fatti positivi o negativi con cui riesca incompatibile una volontà diversa dal consenso medesimo (*facta concludentia*); nel negozio automatico s'ha un fatto positivo, l'*jactus pecuniae*, che non comporta certo intenzione diversa da quella di obbligare a sè l'offerente.

Ma per il principio suddetto l'accettante dovrà eseguire non semplicemente l'*jactus*, ma anche tutti quegli atti accessori che l'offerente gli indica come necessarî per porre in funzione l'apparecchio: salire ad esempio sulla piattaforma del peso automatico, ecc. Questi atti vanno inoltre eseguiti nell'ordine indicato nella dichiarazione. Se così non avviene, non vi sarà accettazione valida; questa sarà tale solo in quanto corrisponderà perfettamente alle indicazioni poste dall'offerente come requisito per l'accettazione. Nè si creda che, poichè non può dubitarsi della volontà seria e risoluta di accettare in colui che erra nell'esecuzione dell'atto di accettazione si sovverta il principio del diritto moderno che il consenso basta alla perfezione del contratto col decidere che in questo caso non si accetti validamente. Il semplice consenso avrà indubbiamente un effetto giuridico, ma non l'effetto proprio del contratto automatico.

A convincere della necessità di questa illazione basterà considerare il caso relativamente agli automi da servigi. In essi, ove qualcuno gettasse la moneta prescritta, e, per errore suo, non seguisse la prestazione, come potrebbe egli pretendere dall'espositore una contro-prestazione che solo l'automa può eseguire? Se in tal caso l'espositore volesse soddisfare l'utente dovrebbe rifare ciò che questi non seppe fare, dovrebbe cioè eseguire l'accettazione validamente. Il consenso, ove della sua esistenza non possa dubitarsi, potrà solamente produrre un contratto preliminare in forza del quale l'*jactans*, riavuta la moneta, potrebbe esser tenuto a rinnovare l'*jactus*.

Può concludersi in questa direzione che accettazione valida nel contratto automatico è quella che viene indicata come atta a far funzionare l'apparecchio (1). Questo principio dà la risoluzione indubbia di un caso variamente deciso dai nostri autori, il caso cioè in cui l'*jactans* getti una moneta di valore superiore al richiesto. Auwers (2) nega che possa qui venire a perfezione in qualunque modo un contratto. Günther (3) e Schiller (4) al contrario ammettono la validità dell'accettazione sempre che l'apparecchio funzioni. Questa è anche la mia opinione secondo le idee suesposte; nè vale obiettare che in tal caso non si avrebbe quella perfetta rispondenza dell'accettazione alla volontà dell'offerente; una tale volontà, perchè sia riconosciuta dal di-

---

(1) Da ciò non consegue che sempre che l'apparecchio non funzioni non si abbia valida accettazione. Vedi a pag. 70.

(2) Op. cit., pag 9.

(3) Op. cit., pag. 17. Si deve presupporre, egli dice, che l'espositore accetti una moneta di più alto valore.

(4) Op. cit., pag. 43. Anch'egli sulla base che l'offerente sarà pago di una tale accettazione.

ritto, deve avere una ragione; questa, nel caso presente, consiste nell'attitudine della moneta a far funzionare l'apparecchio. L'offerente cioè dichiara di obbligarsi contro esecuzione di una prestazione che, procurando a lui il valore patrimoniale richiesto, sia atta a provocare dall'automa l'esecuzione della contro-prestazione; e come tale egli indica il getto di una data moneta; è per lui indifferente che altre monete conseguano lo stesso effetto, sempre che egli ne ritragga il lucro propostosi. Così e non altrimenti deve interpretarsi la sua volontà poichè essa ha la sua ragione nella natura dell'automa.

Posto che l'*jactus pecuniae* debitamente eseguito rappresenta l'accettazione dell'offerta fatta dall'espositore dell'automa, esso dà vita ad un contratto. Resta ancora per completare la costruzione del negozio automatico ad esaminare il momento perfezionativo del contratto.

La questione della perfezione, che non presenta difficoltà alcuna nel caso di contratto conchiuso fra presenti, è invece vivamente controversa nel caso di assenza. La determinazione stessa del concetto di assenza non è pacificamente accolta: ma nessun dubbio presenta al riguardo il contratto automatico, il quale sarebbe concluso fra assenti quand'anche il collocatore fosse presente all'*jactus* dell'accettante. A meno che infatti non si voglia attribuire all'automa una personalità, a meno che non si voglia riconoscere in esso un rappresentante della volontà dell'offerente nel concetto giuridico di rappresentanza, dovrà l'automa considerarsi come un mezzo per cui la volontà dell'offerente vien fatta manifesta all'oblato. In quest'ordine di idee potrebbe esso paragonarsi ad un messo il quale ha unicamente l'ufficio di « trasportare la parola del mittente al destinatario » senza alcun intervento della sua volontà; ed il contratto conchiuso per messo fu sempre posto nella categoria dei contratti fra assenti (1). Ma l'analogia non può esser spinta più in là, poichè se l'automa è, come il messo, un semplice mezzo di comunicazione di volontà, resta pur sempre una macchina (2).

Malgrado la grande incertezza regnante nella dottrina in materia di perfezione di contratto tra assenti, il caso che abbiamo in esame si presenta con quel singolar carattere di certezza altra volta notato, tanto che lo Schiller (3) ritiene superfluo, anzi poco corretto il voler costruire la convenzione automatica secondo una delle tante teorie sulla perfezione dei contratti. Tutte queste, egli dice, partono dal presupposto che l'offerente aspetti risposta alla sua offerta, mentre ciò non può verificarsi negli automi. Vorrebbe con ciò egli fondare una speciale teoria per il caso in

(1) Del tutto inammissibile è l'analogia che il GÜNTHER (op. cit., pag. 12-13) trova con lo schiavo romano, e che col solito metodo egli stesso rifiuta; il solo concepirla gli fa dubitare che il contratto automatico si conchiuda fra assenti.

(2) Così anche lo SCHILLER (op. cit., pag. 15, n. 1). Le conseguenze non sono indifferenti: solo perchè tale infatti ci rendon possibili le frodi e gli altri inconvenienti che derivano da mala intelligenza del modo di usare l'apparecchio.

(3) Op. cit., pag. 46.

questione; ma che bisogno v'ha di essa se egli stesso riconosce che vi si adatterebbe molto bene la *Realisirungstheorie* esposta dal Sohm? Questa teoria, accettata per il contratto automatico dall'Auwers (1), ha il merito di considerare in prima linea la volontà dell'offerente (2); come s'è già rilevato, questa nel contratto automatico è legge per l'oblato; l'offerente non richiede che l'*jactus* eseguito secondo indicazione, e non una comunicazione della volontà dell'accettante; il richiedere questa per la perfezione del contratto sarebbe irrisorio, anzi nella maggior parte dei casi impossibile, e contrario alla natura dell'istituzione.

Perciò è assolutamente inaccettabile l'opinione del Günther (3), che, considerando come teoria dominante quella della recezione, si sforza di adattarvi il caso in esame. Il momento perfezionativo del contratto è anche da lui riposto nell'*jactus*, ma in questo egli vede il pervenire della dichiarazione di volontà al proponente, senza che questi ne abbia notizia. Quest'errore di costruzione deriva dall'aver concepito disgiuntamente l'*jactus* e la dichiarazione di accettazione, per cui esisterebbe secondo il Günther una valida dichiarazione di accettazione nella semplice (anche) indubbia volontà di usar dell'apparecchio (4), mentre si è dimostrato come la dichiarazione debba e non possa concretarsi in altro che nell'esecuzione dell'*jactus*.

La soluzione certa del momento perfezionativo del contratto automatico non trova ostacolo alcuno nel diritto positivo italiano. L'art. 36 del cod. di comm. ammette in linea generale la teoria della cognizione; accoglie poi delle modificazioni al principio in considerazione del rispetto alla volontà dell'offerente; nel negozio automatico questi, per la natura del negozio stesso, non richiede una preventiva risposta di accettazione; il contratto quindi sarà perfetto secondo il primo capoverso dell'articolo suddetto tostochè l'*jactans* ne abbia impreso l'esecuzione (5).

(*Continua*). Dott. ANTONIO CICU.

DELLA INIZIATIVA DEL GIUDICE (*)

(Vecchi e nuovi sistemi di procedura civile)

La oralità e la pubblicità che sembrano elemento naturale nei dibattiti giudiziari a noi, allevati alle tradizioni classiche, nelle quali la ricordanza delle dispute forensi si associa a quella

(1) Op. cit., pag. 10.
(2) Il principio del SOHM è il seguente: « La dichiarazione di accettazione, e quindi il contratto, è perfetta tosto che è eseguita l'azione di accettazione posta dall'offerente ».
(3) Op. cit., pag. 18.
(4) Tale egli considera, per esempio, il salir sulla piattaforma del peso automatico.
(5) Deve accogliersi qui fra le varie interpretazioni del primo cap. dell'art. 36 quella del BOLAFFIO (*Comm.*, n. 250), che vi vede tre ipotesi distinte.

(*) Lettura fatta al Circolo giuridico di Roma il 27 marzo 1901.

di saggi meravigliosi della eloquenza attica o romana, furono nondimeno, e non a torto, chiamate conquista o riconquista preziosa dei tempi moderni.

Alla pubblicità e alla oralità della giustizia sotto tutte le forme — dal libero accesso dell'uditorio nelle aule dei tribunali, alla libertà della stampa giudiziaria — si sono piegate tutte le procedure dei paesi civili, vincendo talvolta ostacoli e contrarietà non leggiere, restituendo alla amministrazione della giustizia quel carattere di funzione sociale di cui fu spoglia fintanto che essa rimase o privilegio di alcune caste o cespite di speculazione e di proventi per alcuni pochi o favoriti, quando le cariche di giudice erano regalate, o vendute all'incanto.

Contro questa giustizia volgarizzata, facili sorsero le censure — non le usate querimonie dei litiganti, a cui sempre parve lunghissima l'attesa della sperata vittoria — non i frizzi mordaci della satira che in ogni tempo e ovunque ha trovato mira per i suoi strali, ma le censure di una opinione sommessa quanto diffusa, che questa procedura non fosse altra cosa da un cerimoniale giuridico, indegno, non che del nome di scienza, della qualifica di arte. Che la pratica della procedura sia « la memoria degli articoli, la conoscenza del formulario, il calcolo dei termini, l'abitudine degli usi e del gergo, la tritura del Foro, e che queste cose si imparino come si impara una via, rifacendola tutti i giorni », l'abbiamo udito ripetere le cento volte. E il suono stesso della parola *procedura* richiama involontariamente il pensiero di una congerie di regole formali, come una guida per procedere nel labirinto, costruito per arricchire i procuratori e impinguare le casse dello Stato, mettendo a dura prova la pazienza dei litiganti, a cui è vietato l'accedervi.

Senonchè il diritto giudiziario civile, per quanto chiamato diritto adiettivo per contrapporlo al diritto sostantivo, consta esso pure di due parti ben distinte e diverse tra loro: l'una, fondamentale, tutta razionale e filosofica, la quale si sostanzia nei grandi problemi: che giudica? come e dove si deve giudicare? entro quali confini si contiene la funzione del giudice? in quale misura può questi disporre dei beni e della libertà dei cittadini? l'altra, veramente adiettiva, umile, secondaria, che riguarda le forme, rispetto al tempo ed allo spazio.

Questa è la parte popolare che tutti vedono e su cui tutti sono tratti a dare volentieri il proprio avviso. Incapace di regolamento scientifico, è governata dal buon senso, dalla consuetudine, dalle abitudini del popolo e del paese, dalle esigenze fiscali dello Stato, e forse in parte dal caso, e dai precedenti anche se in manifesta discordanza con la vita sociale dei tempi nuovi.

Non si intuisce, non si discute, ma si impara e si applica. Alla domanda: perchè un termine sia di un mese, e non minore o maggiore, può darsi una sola risposta: che un articolo del codice così precisamente dispone.

Questa è la parte meno ribelle, alle modificazioni anche improvvise, la meno insensibile al soffio del progresso e dei suoi ritrovati. Così vediamo qua e colà i termini grandemente ridotti,

in ragione dell'aumento nella facilità delle comunicazioni, adottato il fonografo in sostituzione dei verbali di udienza, la fotografia come mezzo di prova, fatto ricorso in quanto si può alla posta e al telegrafo invece che all'opera dell'usciere, richiesta la pubblicazione a stampa degli atti di causa, in luogo del curialesco

« papier griffonné d'une telle façon
qu'il faudrait pour le lire être pis que démon ».

In questa parte, non si riscontrano analogie fra le procedure dei vari paesi, se non accidentali; essa non ha più influsso sulla sostanza della procedura di quanto ne abbia il colore del vestito sul carattere dell'uomo che lo porta

L'opinione, cara a molti scrittori, che nessun paese possa avere la sua procedura giudiziaria foggiata su quella di un altro, che dessa è tutta un resultamento delle condizioni etico-politiche di un popolo, che sia una creazione artificiosa del diritto positivo, ribelle a qualsiasi legge di evoluzione o di sviluppo, che la procedura dell'avvenire sia per essere ciò che vorrà il destino, può accettarsi senza esitanze, quando si riferisca a questa parte accidentale del diritto giudiziario civile.

Questa parte dicemmo essere la meno ribelle alle modificazioni, poichè per modificare basta talvolta un articolo senza che faccia d'uopo rinnovare per intero il codice: meno ribelle, ma non facile, a giudicarne dall'esito dei tentativi diretti a mettere in armonia la pratica e la legge, come ad esempio, quello che concerne il procedimento sommario, ripetuti per lungo corso di anni e appena oggi condotto in qualche modo in porto.

Che coloro che si affannano a combattere una battaglia — non ardua per verità — contro i termini e le forme, combattano contro ombre, fu osservazione arguta. Noi dobbiamo sollevarci più in alto, cercando di appuntare lo sguardo a traverso l'involucro della pratica, per cogliere lo spirito dei vari sistemi, l'ordito delle tele giudiziarie. Allora riscontreremo sì delle differenze, ma non casuali, nè così forti da far luogo ad altrettante procedure diverse fra loro, quanti sono gli Stati, ma tali da permetterne la classazione in pochi gruppi o sistemi. Non è adunque che ogni Stato abbia un suo speciale diritto giudiziario nel senso puro, come ha uno stemma, o una bandiera speciale. Invece ogni Stato adotta, sia pure in qualche connessità con la sua organizzazione politica, questo o quel sistema procedurale, come segue questo o quel sistema economico, questo o quel sistema monetario. Anche in materia di procedura giudiziaria possiamo chiederci: libertà o restrizionismo?

Ecco il problema.

Due uomini armati contendono tra loro. Un terzo, *vir pietate gravis*, passando a caso, interviene nella disputa: i due uomini gli espongono il piato, consentono di rimetterne al suo arbitrio la decisione e di perdere, oltre all'oggetto della lite, una somma per compensarlo della sua fatica: ecco la sintesi rudimentale di

un giudizio; così è scolpita, secondo il poema omerico, nel primo cerchio dello scudo di Achille.

Posto adunque il fondamento, di cui uno più semplice non saprebbe concepirsi, sorge spontanea la domanda: di che dovrà decidere l'arbitro? Sarà libero il suo pensiero come la sua coscienza? E se le parti gli assegnarono un limite, dovrà dinanzi ad esso arrestarsi, o rifiutare l'incarico? E più tardi, quando il giudice non trae più tutta la sua potestà dal concorde volere delle parti, ma interviene lo Stato, che porgendogli la spada, con la quale farà rispettare la sua decisione, gli detta pure delle regole intorno al modo di usarne, il giudice ci si mostra vincolato da un doppio vincolo: l'uno, piuttosto di misura, scaturente dall'animo dei litiganti, l'altro, piuttosto di modo, impostogli come condizione di efficacia dell'opera sua. Nella qualità e quantità di questi vincoli si concreta il sistema, liberale o liberista, quando sono ridotti al minimo, restrizionista, quando lo ecceda.

Nesuno, per verità, oserebbe affermare dove questo *minimum* cominci e dove finisca, come nessuno potrebbe con sicurezza discernere dove finisca il chiaro e dove cominci l'oscuro. Il criterio è di sua natura relativo e difficile, impossibile, se volete, a determinarsi; ma se un sistema propenda per l'uno, o per l'altro indirizzo, si riconosce e si stabilisce con un grado di soddisfacente certezza, come l'oscuro si discerne dal chiaro. A tale conclusione conduce un esame del rito giudiziario nelle varie epoche e nei vari paesi. Fra tanta messe, non possiamo che scegliere un saggio.

Tre procedure si appalesano informate ad un medesimo sistema liberale in diversissimi tempi: la procedura formulare romana, la procedura statutaria italiana, la procedura inglese presente.

Non intendiamo già di affermare che le tre procedure siano simili, diciamo in esse unico il sistema, comune la tendenza, conforme lo spirito. Tutte e tre queste procedure sono il prodotto di una reazione contro le esigenze di un formalismo intollerabile. Non è tanto alla legge Ebuzia che Roma andò debitrice dell'abbandono delle *legis actiones*, quanto al discredito, in cui queste, a detta di Gaio, avevano finito per cadere, essendosi la sottigliezza spinta a tanta esagerazione che bastava l'errore di una parola per perdere senza rimedio la lite.

E qui non ho bisogno di ricordare il caso notissimo, tramandatoci dallo stesso Gaio, del disgraziato litigante che soccombè per avere chiamato *vites* le sue viti, e non *arbores*, come è scritto nelle XII tavole.

In Inghilterra, fino alla metà del secolo XIX, l'amministrazione della giustizia era ridotta a tale da lasciarsi molto addietro il formalismo romano. Certi processi si intentavano a nome di Giovanni Doe e di Riccardo Doe, le due statue del Guild-Hall di Londra, i quali, in corso di causa, cedevano il posto ai veri li-

tiganti; il *bill* davanti la Corte di cancelleria doveva contenere il racconto dei fatti tre volte ripetuto sotto forme diverse e specialissime, la competenza era così ripartita che nella stessa causa, per un incidente qualsiasi, occorreva di passare da un tribunale all'altro, mutando onninamente di procedura e senza che il nuovo tribunale le fosse vincolato in alcuna guisa dalle decisioni del precedente; cosicchè il più delle volte si riprendeva la trattazione dell'affare *ex novo*. Per cui lo Spencer poteva ben scrivere nel 1839 che nessun cittadino, che avesse a fare con un avversario tenace, dovesse sperare di veder finita, prima di morire, la sua causa.

Anche qui non furono tanto gli eloquenti discorsi di lord Brougham, quanto la sazietà di insulsaggini costose che diedero impulso ad una radicale riforma e origine a quel procedimento civile che permette di rendere nel Regno Unito con un manipolo di giudici una giustizia sollecita e soddisfacente.

La legislazione statutaria segna la rivolta contro la procedura barbarica. Qui le formalità erano non soltanto complesse e vane, ma (per quanto conto vogliasi tenere dei costumi del tempo) crudeli e sanguinolenti nelle ordalie, nelle prove dell'acqua e del fuoco, nei giudizi di Dio. È ancora la reazione che dà vita alla procedura statutaria, la procedura che diremo uscita dal connubio della pietà col buon senso, grazie all'opera del diritto canonico da un lato, e dall'altro, dei reggimenti liberi e dell'alito del rinascente commercio.

Il pretore romano, il podestà delle nostre Repubbliche, il consigliere del Banco della Regina ci appaiono come magistrati forniti di ampio potere.

Il primo, nel periodo più bello della sua storia, conserva tale libertà di movimenti e di azione, che deroga perfino alla legge, o la crea col *famoso editto*, mentre accanto a lui il giudice, o magistrato del fatto, valuta liberamente le prove raccolte.

Il magistrato inglese, per tacito consenso del Parlamento, regola il procedimento con ordinanze che sono vere leggi, pronunzia, rinvia, o rimette al *jury*, richiede l'intervento, ordina atti istruttori, interloquisce nell'esame dei testi, insomma conduce e guida la causa.

Il podestà, o console, o giudice del medio-evo, non ha facoltà legislative: anzi, doveva prestare giuramento di fedele osservanza degli Statuti prima di essere assunto all'onorevole ufficio, e dopo compiutolo, sottostare al sindacato; ma cumula in sè buona parte del potere esecutivo che lo rinfranca, ed è perciò che si vuole che venga da altra contrada. Basta scorrere gli Statuti per vedere con quanta ampiezza di locuzione si tiene alto l'arbitrio del giudice. È poi caratteristica comune a questi tre sistemi liberisti, in cui si ravvisano altri assai punti di contatto, l'essere di regola unico il giudice; pari alla libertà di iniziativa è la sua responsabilità non alleviata dalla partecipazione di più giudicanti.

***

In un sistema diametralmente opposto, il giudice è anzitutto custode vigile e severo delle norme procedurali: curando scrupolosamente che le parti le osservino, sembra che soddisfi all'obbligo suo principale.

Per lui si è inventato il barbaro: *quod non est in actis non est de hoc mundo.*

L'azione del giudice è fatta ben meschina cosa dalla soverchiante previsione della legge, la quale con la medesima solennità disciplina così la parte sostanziale come la estrinseca del rito. È un formalismo meno vacuo, meno puerile di altri, ma tedioso e nocivo non meno. Non è questa una caratteristica inesplicabile e comune a tutte le procedure, come vorrebbe il Tarde; è la caratteristica delle procedure restrittive, il sistema della diffidenza, della giustizia di Stato, che vorrebbe pur disciplinare ogni cosa e che ogni cosa fosse plasmata sull'identico stampo: è l'apoteosi del regolamento.

Poco importa che un documento sia rimasto fuori dalle carte processuali per mera trascuranza, o che un atto possa difettare di così detto requisito essenziale per omissione fortuita. Il giudice non ha facoltà di mettere sull'avvisato la parte perchè provveda; egli vedrà il buon fondamento di tutto l'edificio processuale, malgrado la pietra che vi manca, ma dovrà sentenziare contrariamente al buon diritto sentito, e con la stessa solennità di forma che se pronunciasse sul fondo della controversia; dar torto al litigante che ha ragione, donde la formula volteriana: *la forme emporte le fond.*

La considerazione che tanto preoccupò l'animo del nuovissimo legislatore austriaco « la causa essere fatta per la decisione del merito, e non delle questioni che sorgono durante lo svolgimento di quella » non ha per lui alcun valore.

Poco importa che il convenuto sia contumace, ed anzi notorio che debba restare tale, o che le parti siano concordi nello sperimentare un mezzo di prova; la tirannia della forma si impone, e si vuole lo stesso procedimento che se l'avversario fosse lì per rispondere, o si opponesse alla domanda.

Poco importa che alcuno sia creditore in virtù di una scrittura pubblica o privata riconosciuta in piena regola con tutte le leggi, redatta con tutte le cure perchè resulti chiaro l'oggetto e la misura dei suoi diritti; egli dovrà, se l'atto non appartiene al novero eccezionale dei rogiti in forma esecutiva, intentare una causa, come quegli il cui credito non è sorretto da alcuna prova precostituita, e mercè un giudizio dichiarativo, provocare una sentenza che ripeterà testualmente le parole della scrittura, e condurrà però a quest'effetto: di far nascere la incertezza sulla prescrizione da invocare, mentre il debitore verrà in tal modo eccitato a frapporre, nella comoda veste di convenuto, cavillosi indugi all'azione del creditore insoddisfatto.

Ed è sempre la forma che nella ricerca della regina delle prove (la confessione) rende il metodo pienamente adatto a nascondere la verità. Ed infatti l'interrogatorio non può essere deferito, se la pronunzia che lo ammette non specifica le domande da rivolgersi all'interessato, il quale ha tutto il tempo per farsi imbeccare dall'abile suo difensore, in modo che le amfibologiche risposte lascino tutto al più il tempo che trovano.

Questo è il sistema delle procedure che diremo latine di tipo moderno, modellate più o meno sul codice francese, cui alcuni paesi, come il Cantone di Ginevra, modificarono in meglio, altri — e tra gli altri pur troppo l'Italia nostra — volsero effettivamente in peggio, nonostante alcune buone innovazioni.

Ed invero al giudice è concesso in Francia (compreso il Principato di Monaco, dove, sullo stampo del codice francese, fu di recente promulgato un savio codice di procedura) quanto non è consentito al giudice italiano. Il quale non può di regola vedere le parti, nè modificare in alcun punto la prova per testimoni richiesta, nè ordinarla d'ufficio, come non può mandare le parti a completare un'istruttoria insufficiente, nè sempre ha piena facoltà di disporre l'ordine col quale verranno assunte le prove, cui le parti stesse esibirono.

Quasi tutto ciò fosse poco, qualche commentatore deplora che la legge non diriga il criterio dei giudicanti con regole fisse. Il che varrebbe quanto fare ritorno al sistema delle prove legali, all'abaco dei testimoni, alle frazioni di prova.

Difficilmente, anche senza questo eccesso, saprebbesi immaginare un sistema meno liberista dell'accennato, e pur troppo nostro, e se la linea di demarcazione fra i due sistemi non può nettamente tirarsi, basta lumeggiare il contrasto per fare sparire ogni dubbio nel classificarlo.

San Marino, molecola ribelle per capriccio del destino alle leggi di gravitazione storica, detto a ragione un antico comune italiano, conservatosi lungo i secoli, serba quasi intatta, salvo poche e lente modificazioni inevitabili, la procedura statutaria. Questo povero fiore della grande flora italica nascosto sulla vetta di un monte impersona il tipo liberista.

Noi vediamo in questa procedura ridotte a numero esiguo le nullità; arbitro il giudice di sanarle, additando alla parte come deve contenersi per quanto ha tratto alla forma, con effetto retroattivo di validare gli atti compiuti in addietro.

I procuratori che si presentano in giudizio non sono astretti ad esibire un atto di mandato; si presume che ne abbiano avuto incarico dalla parte con la consegna degli atti processuali: chi però ne dubitasse, può esigere, purchè *in limine litis*, una qualche prova del mandato presunto.

Il giudice può interpellare di sua iniziativa le parti, o metterle direttamente a confronto in un contraddittorio. Se la confessione è provocata da uno dei contendenti, l'interrogatorio si

fa per mezzo delle *posizioni*, cioè per domande, che si rendono note all'avversario soltanto nel momento in cui dovrà rispondere. La citazione è atto di parte, ma debbe il giudice autorizzarne la notifica, e quando l'atto sia manifestamente difettoso nella forma, il rifiuto di darvi corso mette l'attore sulla buona via per correggersi, ed evita una larga contesa sopra tenue subietto. Lo stesso accade per ogni atto successivo, poichè le notifiche non avvengono che col permesso del giudice. Al suo prudente criterio è affidato l'accettare o no, ed accettando, il modificare le prove richieste, salvo che si tratti di giuramento, concedendo, secondo i casi e le circostanze, termini più o meno lunghi. Nessuna prova legale, nessuna limitazione nel numero dei testi e nella materia del loro deporre, fosse pure contro la scrittura, salvo al giudice l'apprezzarle liberamente e cautamente, secondo la sua coscienza. Nessuna prova necessaria. Lo Statuto non detta regole minuziose, nè assolute.

Quando si tratti poi di mercede, di depositi, di danno temuto, di alimenti, di confini, in generale quando vi sia o l'urgenza del caso o la liquidità della domanda, il giudice, purchè rispetti il contradittorio, è sciolto dalla osservanze delle forme, e decide *sine strepitu et figura judicii.*

Nelle questioni fra parenti, fra comproprietari, e fra soci, fra persone tra le quali vincoli di sangue, o ragioni di affari inducono una certa comunanza di vita, alla severità di un giudizio è preferito il ministero mite degli arbitri, purchè però una parte ne faccia domanda. Il giudice non può d'ufficio esonerarsi dall'obbligo di giudicare per ragioni di materia, ma se una parte lo vuole, egli lo *deve*, donde il nome di *compromesso necessario.*

Il concetto dominante dello Statuto si riassume nel motto: *supervacaneas dilationes amputare,* quindi soltanto il limite estremo di alcuni termini è stabilito, ed è stabilita altresì la durata massima della lite.

La perenzione acquista un significato ben diverso da quello attribuitole dai codici moderni a tipo francese, « la rete sottile in cui si impigliano i moscerini soltanto e che i mosconi trovano modo di traversare e riattraversare in perpetuo ». Decorse novanta udienze dalla contestazione della lite senza che la causa sia decisa, essa è perenta, e la perenzione *deve* dichiararsi d'ufficio e dai procuratori, chè se procedono oltre nella causa perenta sono destituiti dall'ufficio. Questa perenzione estingue non solo la procedura, ma l'azione, perchè chi riprendesse la causa si vedrebbe opposta efficacemente una eccezione di lite finita Occorre una sanatoria del principe (l'*insufflazione dello spirito,* come dicono i dottori) e quando e se viene concessa, rifatte all'avversario tutte le spese, la causa può venire riassunta.

I termini e la procedura in grado di appello sono più brevi che in primo grado. La perenzione ivi matura in 60 udienze.

Sollecitudine, ma non precipitazione, non la *criminosa celeritas in judicando*. Al giudice è assegnato il termine di 25 giorni per profferire la sua sentenza. Sollecitudine, ma senza danno

della buona fede. Gli Statuti esigono ad ogni passo il giuramento di calunnia dalle parti, l'affidamento che nessuna istanza sia avanzata con intento dilatorio per istancare l'avversario, o metterlo in mala vista. Il giudice deve vegliare cogli occhi di Argo perchè non si facciano deduzioni calunniose o cavillose, infrenate d'altronde con la minaccia d'una multa da ripartire fra l'avversario ed il fisco. La maggior parte di queste multe (di cui vediamo ancora un riflesso nei codici che puniscono l'impugnativa temeraria della propria scrittura) è andata in disuso, il giuramento di calunnia è forse ridotto ad una cerimonia. Rimase e si allargò la missione attiva del giudice, moderatore del dibattito.

Il pregio di questa procedura, il pregio della legislazione statutaria italiana è quello di essere inspirata al senso pratico della vita, quindi, ad esempio, a chi ha tra mani una scrittura donde resulta chiaro il suo diritto si fa, e con ragione, trattamento diverso da chi lo vanta e deve dimostrarlo. Sotto questo aspetto, ben poteva il Bentham chiamare la scrittura: prova antilitigiosa.

Alle scritture pubbliche, o private, indiscrete, o con indicazione di causa, purchè si mostrino genuine al giudice che deve prima esaminarne la parvenza, è concessa forza esecutiva. Non è forse consentaneo alla logica ed alla pratica che colui il quale possiede inalterato il titolo del suo credito debba reputarsi non soddisfatto? Se lo fu, il debitore che pagò senza l'ordinaria cautela, abbia la briga di farne in giudizio la dimostrazione: il creditore, da suo canto, porterà la pena di coloro che domandano in mala fede di essere pagati due volte.

Questo è il fondamento razionale dell'esecuzione parata, di cui fu invocata nei congressi scientifici e dalle cattedre la restaurazione, salutata come bella prerogativa della procedura germanica e svizzera, mentre nella storia del diritto patrio conta parecchi secoli di vita.

Nè sarà fuori di posto il ricordare come nelle procedure straniere, preparate da una conveniente e dotta elaborazione, ripullulano, oltre alla cennata, molte istituzioni di fonte nostrana, quali — per limitarci ad alcune — il giuramento di manifestazione del debitore, il procedimento monitorio, quello per la restituzione in pristino, il libero apprezzamento dell'autografia delle scritture, la classazione delle eccezioni, che sembrano tolti di peso dai nostri istituti e trapiantati in alcuni codici di rito moderno.

Con questi pochi tratti non pretendiamo di avere delineato la fisonomia di questa procedura, e nemmeno intendiamo di presentarla a voi come l'ideale o l'archetipo delle procedure giudiziarie civili.

A parte ogni altra considerazione critica, sappiamo, e concediamo di buon grado che quello che si conviene ad una minima Repubblica difficilmente può essere adatto per un grande Stato: però il fatto che in questo angolo di Italia per oltre cinquecento anni siasi conservata sostanzialmente integra la ma-

niera del procedimento civile, giustifica l'asserto che questa abbia in sè una cotale duttilità che la rende utile, non ostante il cambiarsi di costumanze e di bisogni, indizio certo di intrinseco pregio.

È il merito del sistema, dello stesso sistema liberista che si è fatto strada in Germania, e poco dopo in Austria, dove con amplissima riforma del rito civile si è cercato di sciogliere il giudice dalle infinite pastoie regolamentari che lo avvolgevano. Noi non abbiamo mestieri di spingerci tanto lontano. Se non può servirci di esempio, almeno valga come ricordo questo tenue focolare, dove al cospetto del medesimo sole d'Italia il sistema liberista fu tenuto vivo.

***

Si è detto e ripetuto a sazietà che la funzione del giudice civile deve estrinsecarsi dentro i limiti stabiliti dalla domanda e dalla volontà delle parti, che il giudice non deve cercare la verità assoluta, ma la verità relativa, quella cioè che resulta dalle affermazioni e dalle prove esibite dai litiganti, a cui sono noti i fatti meglio che a chicchessia, che a quel modo che le parti sono libere di trascurare i loro diritti, ancorchè sfacciatamente conculcati, così possono rinunciare a parte di essi, o a farne valere la dimostrazione più convincente, che il giudice non ha veste di correggere la ignoranza, o di riparare alla negligenza dei contendenti, nè potrebbe farlo senza dipartirsi da una stretta doverosa imparzialità, che il giudice civile a differenza del magistrato penale non ha compito politico, non agisce direttamente nell'interesse del consorzio civile, ma in quello dei singoli, in quanto la sua giurisdizione da costoro si ecciti, donde il principio della relatività della cosa giudicata.

Il giudice, insomma, deve essere l'esecutore passivo della legge, il « geometra del diritto positivo ».

Certo, il quasi contratto giudiziale emergente dalle reciproche dichiarazioni delle parti va rispettato; non deve il giudice essere più curante dell'interesse loro, di quanto esse non lo siano del proprio, ma nell'ambito di questa area, due princìpi devono incardinarsi, e cioè: che il processo è fatto per la controversia, e non la controversia per il processo — che la buona fede deve regnare sovrana. All'uopo, il giudice deve avere potestà sufficiente, per non essere sopraffatto dalle regole della forma: iniqua è la legge se egli non può rispettarla senza violentare la propria coscienza. All'uopo, egli deve avere potestà sufficiente per vedere chiaro davanti a sè, non imbarcandosi alla conquista della verità assoluta, che è al di là delle forze umane — l'*ipse Deus* della glossa — ma sia pure della verità relativa al quasi contratto giudiziale. Egli darà una sentenza, cioè dirà come senta questa verità relativa, ma non può sentire pienamente, se non è soddisfatto del processo logico che si svolge dentro di lui, di pari passo col procedimento giudiziario.

Quindi, sempre mantenendosi nella cerchia del quasi contratto

giudiziale, se intravede a traverso le deduzioni della difesa una circostanza essenziale che l'abilità di un difensore fa rientrare nell'ombra, sembra onesto ch'egli possa aver facoltà di chiamare a sè le parti in persona e dalla bocca loro apprendere insofisticata questa verità relativa.

Già nel corso del procedimento si configurano davanti a lui le questioni giuridiche che dovranno decidersi. Se nello sperimento di una prova è vietato al giudice di accertare di sua iniziativa una circostanza di fatto che potrebbe dal medesimo raccogliersi, viene coartato il processo logico interno del giudicante. Bisogna essere coerenti: bisogna, insieme a qualsiasi iniziativa, togliere al giudice la facoltà di adottare nella motivazione delle sentenze argomenti diversi da quelli fatti valere dai difensori. Ma se voi concedete al giudice di definire diversamente dalle parti, anche se in ciò concordi, il carattere giuridico dell'azione, se concedete che il giudice possa gettare a mare le deduzioni giuridiche e delle parti e da tutt'altre ragioni trarre il suo convincimento, voi non potete negargli di accertare, nell'ambito di quanto a lui, come giudice in causa, è, o deve essere noto, questa o quella circostanza anche minima, poichè è vecchio insegnamento che la minima differenza di fatto può condurre a grande divergenza di conseguenze in diritto, mentre la diversità sul punto di vista giuridico fra magistrati e difesa giustifica come agli occhi di questa possa parere trascurabile ciò che forse per il primo è decisivo.

Ancora, le parti fecero menzione di fatti nel senso più ampio della parola, e su di essi argomentarono, ma la prova parzialmente ne manca, il giudice è nel bivio o di considerarli come non esistenti, o di sforzare la legge, dappoichè la legge non gli consente di ordinare di sua iniziativa la prova di questi fatti, nemmeno se potessero corroborare ciò che a lui parrebbe di sentire nella causa. Ognun vede che la facoltà della prova officiosa porterebbe al duplice effetto: possibilità di allargare l'orizzonte processuale; stimolo ai contendenti per essere nelle loro asserzioni precisi e di buona fede.

È verissimo che il giudice agisce nell'interesse dei singoli, ma ogni lite ha, e lo stesso legislatore italiano lo ricordò nei motivi, due aspetti, uno logico e l'altro politico. Libero ognuno di sopportare in silenzio qualsivoglia sopruso, ma, una volta adito il pretorio, è d'interesse pubblico che la causa non sia trascinata all'infinito, altrimenti, non solo ne patisce il decoro dei giudici, ma il giudice è tenuto a rifarsi più volte da capo nelle medesime controversie, con dispendio inutile di energia e per decidere quando l'impressione genuina delle prove è già dileguata.

Se le parole non hanno tradito il nostro pensiero, noi siamo lontani dal vagheggiare un tribunale senza processo come l'eroe di Rabelais, o la giustizia resa all'ombra della quercia; noi pensiamo che le forme debbano esistere, ma nella misura dello strettamente necessario, ed avere una importanza proporzionata allo scopo. Prima, e piuttosto delle forme, si stabiliscano i prin-

cìpi, e il giudice sia il custode dei principi del rito, come lo è di quelli del diritto. Quanto alle forme, valga per il quasicontratto giudiziale il principio generico dei contratti che devono essere eseguiti in buona fede. La determinazione della forma è da prescriversi, solo in quanto il giudice non possa supplirvi, e le nullità derivate da inosservanza di forme debbono condurre di regola invece che ad un danno, talora enorme delle parti che non ne hanno colpa, ad una pena a carico di chi vi ha dato causa.

A questa iniziativa del giudice nella istruttoria fa riscontro la iniziativa nella applicazione e, occorrendo, nella creazione del diritto sostantivo. Anche nei paesi di diritto codificato il giudice, secondo una formula celebre, partecipa alla legge civile. A lui si presentano rapporti non contemplati nei codici, e tanto più frequentemente quanto più si allontana il giorno della promulgazione loro. In tal modo, si è formata quella giurisprudenza detta in Francia *pretoria* ed in Germania *produttiva*, la quale non solo supplisce, ma talvolta corregge audacemente la legge, divenuta inadatta per mutarsi di bisogni e di costumi. Anche agli occhi del codificatore, il giudice parve ministro di equità; un giudice vincolato, non soltanto alla legge, ma al modo di valersene, può tradire suo malgrado questo ministerio.

Del resto, noi ci domandiamo perchè, rispetto ai tribunali ordinari, così chiamati per antonomasia, organi creati apposta ed unicamente per giudicare, si voglia tanta rigidezza, quando si mena buono un sistema più liberista per altri corpi giudicanti che diremo straordinari. Citiamo, ad esempio, la giuria dei probiviri, che può ordinare di sua iniziativa qualunque mezzo di prova, i tribunali consolari, la Giunta provinciale amministrativa, la quarta sezione del Consiglio di Stato, che possono ordinare ulteriore istruttoria, o richiedere schiarimenti o documenti dagli interessati.

Inoltre, e sempre in Italia, debbo segnalare alla vostra attenzione un ramo di procedura nato da un innesto di legislazione statutaria, e quindi con carattere liberista, per quanto lo consenta l'essere impiantato sopra un albero diverso: parlo della procedura commerciale. Se obiettivamente dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, essa costituisce una anomalia, intrinsecamente risponde alla preponderanza della sostanza sulla forma, grazie alla più ampia potestà concessa al giudice. Quindi, per tacere della maggiore brevità di tutti i termini, e della semplicità del mandato a queste liti, le parti possono comparire in persona, ed esservi anzi costrette dal giudice, dinanzi al quale non si erigono poi nella ammissione della prova testimoniale i confini tracciati al giudice civile.

Di fronte a quest'ultimo, egli ha inoltre a sua disposizione, altre forme di prova, come l'esibizione forzata dei libri, cui può anche ordinare d'ufficio. L'istituto del compromesso necessario si riverbera nella nomina ufficiosa degli arbitri conciliatori in controversie intorno a conteggi o scritture. Il giudice è dichiarato libero nell'apprezzamento di alcune prove scritte speciali all'ambiente commerciale; egli può, secondo una prevalente opi-

nione, applicare la consuetudine a lui nota, anche se le parti non la provarono. Si riflette la iniziativa del giudice anche nella vendita coatta di navi, che il giudice può d'ufficio protrarre. Finalmente la esecuzione parata fu rimessa in vigore, se non per tutte le scritture commerciali, almeno per la più importante di esse, la cambiale, esagerandosi alquanto nella libertà, in quanto si pensò di alleviare il possessore del titolo da qualunque intervento od assenso di giudice. Chè se ne fosse permesso di esprimere un voto, sarebbe che questa esecuzione parata, moderata nel modo, venisse estesa nell'obietto.

Sono gli stessi giudici che pronunciano, secondo la materia, con veste civile, o commerciale; i medesimi giudici debbono così avere due bilance, o per lo meno, due diversi modi di pesare, l'uno inspirato al genio straniero, l'altro, di origine nazionale, l'uno improntato alla diffidenza, l'altro, al buon senso, all'equità e alla buona fede; e tra l'uno o l'altro, o presto o tardi, converrà determinarsi e fare la scelta.

I difensori del sistema restrittivo si rifugiano dietro l'ultima trincea, della necessità di una disciplina minuta per mantenere l'uniformità nella amministrazione della giustizia: ma a costoro potremo rispondere o con l'autore dello *Spirito delle leggi*, « Che importa che i cittadini obbediscano alle stesse leggi, purchè obbediscano tutti alla legge? » o, come noi pensiamo, che questa uniformità sia piuttosto un male che un bene nel nostro paese, e sopra tutto una chimera, perchè accanto alle regole del codice e sulla traccia di queste, la giurisprudenza ha tessuto un largo contorno di altré formalità, ancor più minuziose, egualmente importanti per l'esito della lite, ma più spesso disformi da regione a regione.

I difensori del regolamento si fanno forti dell'aforisma: « *optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis* », ma degli aforismi, come dei proverbi, ce n'è per tutti, e a questo ditterio potremmo contrapporre l'aureo detto di Tacito « *plurimae leges, pessima respublica* ».

Quell'aforisma calzava per altri rami del diritto, e sopratutto, per altri tempi: quando si estenda al diritto rituale tradisce la sfiducia nel magistrato in cui si vede, prima del giudice, l'impiegato.

La garanzia della imparzialità deve risiedere nel disinteresse del giudice alla lite, e nell'obbligo di spendere la sua libertà rispetto a tutti e a ciascuno fra i litiganti. La confidenza ben posta e la inevitabile responsabilità che ne consegue sono l'ottimo coefficiente di una imparziale attività: questo è il dogma del sistema liberista, dogma di antica data, perchè il detto che le buone sentenze dipendono piuttosto dai buoni giudici che dalle buone leggi è di Platone.

Ora, più degli uomini è da rifare il sistema. Riformiamo adunque il sistema. Il problema non è dei più agevoli. Già se lo erano proposto i due più profondi pensatori del mondo antico, e ben lo ricordò un celebre presidente di Parlamento che ebbe tanta parte nell'Ordonnance del 1667, ma, ricordandolo, non seppe

farne che applicazione meschina ad una regola sulle nullità. Un colosso lo affrontò, ma all'operosità di Geremia Bentham non fu dato di tentarne l'esperimento in pratica. Al presente, il vecchio, e pur sempre nuovo, argomento sembra lasciato in oblio: discutiamolo.

Se a riaccendere la disputa che mette sulla via del vero avessi comunque portato una sola favilla, sarei più che lieto, soddisfatto e superbo.

Bibliografia.

BATY, Elements of Procedure, London 1900. — BELIME, Philosophie du droit Paris 1881. — BELLOT, Loi sur la Procédure civile pour le Canton de Genève. — BENTHAM, De l'organisation judiciaire, Paris 1828. — BLIMMER, Böswillige Rechtmissbrauch (Chikane), Berlin 1899. — BONJEAN, Traité des actions, Paris 1845. — BORDEAUX, Philosophie de la Procédure civile, Evreux 1887. — BRIEGLEB, Executiv Process, Stuttgart 1845. Id., Summarische Process, Leipzig 1859. — CARRÉ, Leggi di procedura civile, Napoli 1850. — DE LUCA, Il dottor Volgare, Colonia 1755 (vol. V). — FRANQUEVILLE, Système judiciaire de la Grande Bretagne, Paris 1893. — GABRIEL, Essai sur la nature des preuves, Toulouse 1824. — GANDUSIO, Il regolamento di procedura civile austriaco, Trieste 1896. — GENY, Methode d'interpretation, Paris 1899. — GIANTURCO, Perenzione d'istanza, Melfi 1883. — GOLDSCHMIDT, Litiscontestat. und Einrede, Frankfurt 1812. — IMBERT, La pratique judiciaire, Cologny 1615. — KELLER, Procédure chez les Romains, Paris 1870. — LATTES, Il diritto consuetudinario, Milano 1900. — LESSONA, Delle prove, Firenze 1895. — MANFREDINI, Esecuzione forzata, Bologna 1892. — MARKBY, Elements of Law, Oxford 1889. — MATTIROLO, Diritto giudiziario civile, Torino 1894. — MENOCHIO, De arbitr. judic., Venetiis 1876. — MEYER, Spirito delle istituzioni giudiziarie, Prato 1839. — MONTESQUIEU, Esprit des lois. — MORTARA, Procedura civile (in corso). — Motivi del codice di procedura civile italiano; id. id. francese; id. id. austriaco; id. id. rumeno. — RICCI Delle prove, Torino 1891. — ROSSI, Osservazioni sul Trattato di Bentham. — SAREDO, Istituzioni di procedura civile, Firenze 1887. — SCLOPIS, Storia della legislazione italiana, Torino 1863. — TARDE, Transformation du droit, Paris 1893. — WACH, Reichscivil processordnung, Bonn 1896. — WINDSCHEID, Pandette. — Codici di procedura civile del regno d'Italia, di Francia, Monaco, Spagna, Portogallo, Germania, Austria, Rumenia, Canton Ticino, Svizzera, Chilì, Messico, ecc. — Statuti di S. Marino, Urbino, Pesaro, Arezzo, Verona, Ferrara, Roma, Montefiore, Milano, Forlì, ecc.

Avv. Prof. T. GIANNINI.

RECENSIONI.

GLATZER — *Das Recht der provisorischen Gesetzgebung in Sonderheit nach preussischem Staatsrecht.* — Breslau 1899.

La Germania è senza dubbio il paese nel quale l'istituto della « legislazione provvisoria » abbia avuto più larga e completa elaborazione scientifica. Senonchè, sono molte ognora le incertezze regnanti intorno ad esso, la cui difficoltà di delineazione e ricostruzione giuridica rilevasi infatti anzitutto nella terminologia varia, con cui il sistema della legge provvisoria è indicato nelle diverse costituzioni, e più ancora nelle opere degli scrittori tedeschi.

Epperò il lavoro del Glatzer si può dire venuto in buon punto per dilucidare una materia per sè stessa molto difficile, e resa forse ancor più intricata dalla diversità dell'obbietto sotto cui era stata considerata dagli scrittori precedenti, sebbene si possa dire che tutti costoro, compreso lo stesso Glatzer, tentano di giustificare il sistema e di dimostrarlo perfettamente rispondente allo storico sviluppo della monarchia prussiana.

L'A. fa precedere alla trattazione una introduzione, nella cui prima parte tende a dare il concetto fondamentale dell'istituto. Dopo avere ricordato la

definizione che dello Stato dà l'Jellinek, facendo poi notare che la volontà dello Stato medesimo è personificata nel suo Capo e che diverse sono le manifestazioni di questa volontà dello Stato secondochè essa si estrinseca con la legislazione, la giurisdizione o l'amministrazione, si ferma a considerare quelle che gli sembrano le forme caratteristiche di tale estrinsecazione — la legge, e l'ordinanza: che sarebbero, in senso materiale, la prima « il regolamento di un principio di diritto che lega giuridicamente », la seconda « una prescrizione generale per i differenti scopi dell'amministrazione »; in senso formale, invece, la legge sarebbe quella che proviene dal sovrano con l'assenso della rappresentanza nazionale, l'ordinanza quella dichiarazione di volontà delle Stato che procede senza questo assenso. Ma se ciò può dirsi per rapporto alla vita normale dello Stato, la pratica e la teoria si accordano a lor volta per insegnare che l'interesse del medesimo dev'essere durevolmente assicurato, per i rischi straordinarii, da speciali forme di dichiarazione di volontà sovrana, al qual bisogno appunto si provvede con l'istituto giuridico della legislazione provvisoria, che qui l'A. considera in senso ampio.

Quindi, nella seconda parte dell'introduzione, egli procede alla determinazione del còmpito di esso istituto; per il che prende le mosse dall'art. 63 della Costituzione prussiana del 31 gennaio 1850, il quale dà al sovrano, in certe date condizioni, il potere di emanare ordinanze aventi forza di legge, *Verordnungen mit Gesetzeskraft*. Codesto articolo costituisce il punto di partenza della trattazione, alla quale si dovrà procedere tenendo presente che il diritto pubblico prussiano è tipico per tutti gli Stati.

Prima di venire alla medesima, e dopo avere accennato le fonti legislative cui vuolsi attingere in questa materia, crede però opportuno di avvertire che la soluzione del problema della legislazione provvisoria, anzichè ricercarsi nella pratica consuetudinaria, può trarsi solo dalle relative costituzioni, vale a dire dalle disposizioni positive ivi contenute e dal loro sistema, cioè dallo spirito che le domina, e dalla valutazione complessiva delle singole norme; ed inoltre fa notare che la Costituzione prussiana è una legge imperfetta, in quanto manca di sanzione pel caso di violazione della Costituzione da parte della legge provvisoria; onde sarebbe opportuna una legge che affermasse in tali casi la responsabilità giuridica del Ministero.

La trattazione specifica dell'argomento è divisa dall'A. in due parti, generale e speciale.

Nella prima viene tracciato lo scopo della legislazione provvisoria, di cui in un successivo paragrafo si delinea lo svolgimento storico, per venire poi a fermarsi nel citato art. 63 della Costituzione prussiana, così concepito:

« Solo nei casi in cui trattisi della sicurezza pubblica, o di bisogni urgenti e straordinarii, in assenza delle Camere e sotto la responsabilità di tutti i ministri, si potranno emanare ordinanze aventi forza di legge, semprechè non contrarie alla Costituzione. Simili ordinanze però, nella prima seduta delle Camere, dovranno essere immediatamente sottoposte alla loro approvazione ».

La parte speciale riflette la natura giuridica della legislazione provvisoria, e si divide in due libri, nel primo dei quali trattasi delle forme di manifestazione della medesima nel campo delle determinazioni costituzionali positive.

È notevole la parte che in questo libro vien fatta alla distinzione e separata trattazione della così detta *causa remota* e della *causa prossima*, il cui simultaneo concorso sarebbe richiesto per l'applicazione della legislazione provvisoria: la prima dipenderebbe dal fatto del non essersi le Camere riunite e non potersi riunire con la urgenza necessaria: la seconda consisterebbe, secondo Spiegel, in una necessità di Stato, *staatliches Bedürfniss*, secondo l'A. in un grave perturbamento della pubblica sicurezza o nel rimuovimento di una singolare necessità, « *Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit* oder die *Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes* ».

Sarebbero queste le due condizioni preliminari che la legislazione provvisoria richiede.

Occupano quindi una larga considerazione da parte dell'A. le questioni di diritto positivo relative ai limiti obbiettivi richiesti per la legislazione provvisoria (onde essa non porti all'annullamento del diritto ed allo sconvolgimento dello Stato) alla estensione dell'obbietto in quanto possa o non consentirsi nel campo finanziario, alle esterne formalità necessarie per l'uso e per la pubblicazione di codeste leggi provvisorie, ed infine al tempo, al modo ed agli effetti della loro presentazione alle Camere.

E questo primo libro si chiude con la definizione della legge provvisoria, la quale sarebbe « una forma di manifestazione della volontà dello Stato, regolata costituzionalmente per modo, che l'organo cui è affidato l'esercizio del diritto di sovranità, quando non sia possibile seguire il procedimento della legislazione ordinaria, emani un'ordinanza avente contenuto ed effetto di legge, che dev'essere poi approvata dalla rappresentanza nazionale ».

Nel secondo libro la legislazione provvisoria è studiata sotto il riguardo propriamente scientifico.

In una prima parte si tratta anzitutto dell'interna costruzione dell'istituto giuridico.

Premesse alcune generalità sulla necessità di spiegare scientificamente il concetto del *provisorium* in questo istituto, nel quale l'emanazione dell'ordinanza costituisce il punto di partenza e quello dell'approvazione da parte delle Camere il punto di arrivo, l'A. passa a trattare dapprima la teoria della presunzione o antecipazione, *Vermuthungs* oder *Vorwegnahmetheorie*, poscia quella della supposizione, *Voraussetzungstheorie*, le quali, mentre si distinguono pel punto di vista più o meno soggettivo, concernono entrambe gli effetti dell'ordinanza emanata dalla Corona nella presunzione dell'approvazione delle Camere, in riguardo alla facoltà delle medesime di concedere o non il proprio assenso.

Venendo quindi a parlare della teoria della forza legale della legge provvisoria risolutivamente condizionata, e partendo dal concetto generale di validità della legge, *Gesetzesgültigkeit*, l'A. si ferma piuttosto a lungo a distinguere fondamentalmente i due concetti di validità giuridica e obbligatorietà giuridica, *Rechtsgültigkeit* und *Rechtsverbindlichkeit*, coordinandoli al diritto di approvazione da parte delle Camere: i quali concetti, mentre sembrerebbero di avere lo stesso significato, se ne distinguono singolarmente per ciò che, laddove il primo riguarda piuttosto la intrinseca validità della legge provvisoria per rapporto allo Stato, su cui è chiamata a decidere poi la Camera, il secondo riguarda di preferenza le conseguenze relative ai singoli, e sotto questo rapporto la vincolabilità dell'ordinanza provvisoria dipende dal fatto di essere state o meno praticate le forme legali di pubblicazione, il cui intervento e non altro soggiace all'esame dell'autorità giudiziaria, mentre rimane pur sempre di spettanza delle Camere la decisione sulla vincolabilità giuridica.

Dopo di ciò, l'A. procedendo a determinare più specialmente le conseguenze della legislazione provvisoria, non senza prima averne richiamato il concetto scientifico, esamina anzitutto la *natura* della presentazione alla Camera della legge provvisoria, quindi la *efficacia* della presentazione medesima.

Per quanto concerne la prima, basterà accennare che egli tratta separatamente dell'oggetto e del modo dell'approvazione da parte della Camera, e questa distingue in formale e materiale, secondochè si tratti di vedere se vi sia stata da parte del Governo l'osservanza o meno di tutte le formalità di legge oppure di constatare se sussistesse o no il fondamento di fatto per la straordinaria legislazione sovrana. Quindi discute la *misura* dell'approvazione delle Camere, per riguardo cioè alla totalità o meno dell'ordinanza provvisoria, ed infine tratta dell'attività quasi legislatoria delle Camere al riguardo.

Per quanto poi riflette l'efficacia della presentazione, l'A. considera distintamente quella della dichiarazione della validità giuridica da quell'altra della negazione di tale validità, e quindi esamina la questione se la dichiarazione di invincolabilità sia costitutiva o semplicemente declaratoria, nonchè tutte le altre questioni annesse a codesta invincolabilità giuridica.

Infine, egli tratta della forza con cui può essere accolta la legge provvisoria risolutivamente condizionata.

Segue una seconda parte, per esaminare il posto giuridico che alla legge provvisoria compete nel sistema, se cioè quello di legge o di ordinanza, non senza tralasciare di notare la diversità di denominazioni adottate al riguardo nelle Costituzioni e più specialmente negli scrittori.

Finalmente, in forma di appendice, vien dato uno sguardo rapido sul diritto pubblico tedesco per rapporto alla materia, e, come conclusione finale, vien fatto un breve raffronto fra il sistema inglese e quello prussiano nella questione della legislazione provvisoria.

Impossibile, sarebbe, in un cenno recensivo così breve, nonchè addentrarsi nei particolari seguire l'A. nella infinita molteplicità di distinzioni e suddistinzioni giuridiche e sistematiche da lui adottate in tutto il suo lavoro.

Si può dire anzi, che se un difetto esso presenta, dipende certamente da codesta tendenza a suddistinguere troppo, onde egli si trova troppo frequentemente condotto a ripetere concetti di già svolti in precedenza. Codesto spirito rigorosamente ed eccessivamente analitico che lo domina, nulla toglie peraltro al merito intrinseco della chiarezza e sopratutto della larghezza di vedute con cui il Glatzer ha saputo svolgere una materia per sè stessa molto difficile e complicata.

Si è perciò che merita quest'opera di essere raccomandata agli studiosi, specialmente per chi volesse tentare un lavoro scientificamente utile intorno alle leggi ed ai provvedimenti d'eccezione nel Governo costituzionale.

Sassari, 1.° luglio 1901.

A. Ferracciu.

Ferrini Contardo. — *Manuale di Pandette.* — Milano, Società Editrice Libraria, 1900, pagine XI-978.

L'A. ha esposto per somme linee nella sua prefazione il concetto informatore di questo *Manuale*, la sua funzione per così dire, e certe idee fondamentali in esso sviluppate. Non sarebbe un trattato completo di diritto romano, ma uno schema di un corso universitario: una traccia che dev'essere nell'esposizione rivestita, dichiarata e completata, e che può servire ai giovani come delle notizie fondamentali, delle definizioni e delle regole precipue, dei testi di maggior rilievo e come indice delle controversie più importanti. Nonostante tale scopo che l'A. si è voluto immediatamente proporre, il libro è riuscito di un valore che esorbita dal campo angusto della pura didattica.

Un *Manuale* scritto da chi ha potentemente concorso all'elaborazione della scienza romanistica e che ha trattato un numero grandissimo di argomenti, portandovi un ricco contributo di critica e di novità nei risultati, interessa, a prescindere dal suo valore obbiettivo, anche la scienza.

Poichè le opinioni del Ferrini, in quelle questioni ardue dove è permesso solo opinare hanno un peso non indifferente, e a volte decisivo, ad esempio trattandosi di critica delle fonti, specie delle bizantine.

Il carattere, dirò così, differenziale di questo libro, all'apparenza piccolo di mole, ma ricco di contenuto, data la piccolezza dei caratteri quasi microscopici, ma per nulla nocivi alla vista, per la nitidezza mirabile dell'edizione, è il metodo tenuto dall'A. nell'esposizione della materia. Egli ha posto ogni cura per rilevare i concetti genuini delle fonti, qualche volta, forse più spesso di quel che si creda, in antitesi coll'elaborazione tradizionale che, direi quasi *specificandoli* nel vero e proprio senso giuridico, ne ha alterata la forma e il contenuto.

Nel campo dei diritti patrimoniali in ispecie si avverte l'utilità di tale metodo. L'A. ha rilevato nettamente la distinzione fra proprietà ed obbligazione, la quale risponde al concetto estremamente ovvio che l'uomo nel suo sviluppo ha bisogno delle cose della natura esteriore e dell'aiuto dei proprii simili: la dottrina della proprietà nel concetto romano è proprio una *dottrina giuridica delle cose,* come l'altra è una *dottrina giuridica dei fatti comuni.* Da tale nitida distinzione si avvantaggia la ricerca dei rispettivi fondamenti delle teorie romane.

Il Ferrini ha, secondo tali concetti, intitolato il secondo libro « Dottrina della proprietà » piuttosto che dei « Diritti reali ». Le servitù prediali, segnatamente le più antiche, non sono che un'esplicazione della proprietà stessa: gli altri *iura in re aliena* che a mano a mano assurgono a netta figura giuridica, non *funzionano* che quali limiti al *dominium*, e da questo ricevono luce. Le figure posteriori e « ambigue » del pegno, dell'ipoteca, della superficie e dell'enfiteusi sono non senza sforzo intercalate in un sistema giuridico che si era già formato senza di loro. E gli studi in proposito del Ferrini in questo *Manuale* sono un prezioso contributo alla ricerca di tali, quasi direi, interpolazioni di interi istituti. La stupenda elaborazione della giurisprudenza romana mostra ad evidenza, oltre che le trasformazioni degli istituti sdoppiantisi e moltiplicantisi come per *gemmazione*, questo fenomeno singolare di *specificazione* del sistema. Sono nuovi innesti che si infiggono nel grand'albero della scienza romana e ne germogliano fecondi.

L'indole del libro non permette scendere a particolari esami. L'esposizione del diritto privato giustinianeo è l'oggetto del Manuale; ma là dove è necessario l'A. fa pure la storia e risale al diritto classico. Per gli studenti questo libro, oltre a dar loro cognizioni chiare, precise, *scientifiche* del diritto di Roma, ha un pregio didattico grandissimo: mostra il modo con cui è da *studiare* tale diritto: come vanno trattati i materiali di studio così diversi e vari per origine e contenuto, che oggidì abbondano: insegna plasticamente il modo con cui procedere all'analisi critica sia delle fonti che delle dottrine prima, e alla sintesi ricostruttrice poi coi continuati esempi della costruzione dogmatica. Sviluppa in altre parole, quell'autonoma genesi scientifica del pensiero giuridico che è il fine supremo di ogni scuola, ed è il fine *mediato* dello studio del diritto di Roma. Così, colle indicazioni bibliografiche scelte ed abbondanti della letteratura moderna sì straniera che italiana (e questa prevalente), chi vuol procedere da solo nel campo smisurato della ricerca è in grado di farlo.

Sarebbe stato utilissimo un indice alfabetico in fondo al volume; ed è da augurarsi che in una prossima edizione esso non manchi.

Prof. G. BAVIERA.

Dalla *Riv. ital. delle scienze giur.* (vol. XXXI, pag. 217, fasc. 1.° maggio 1901.

A. DE GASPARIS. — *Situlus argenteus.* — Considerazioni sopra il § 96 dei *fragmenta vaticana* di diritto romano antegiustinianeo: *De re uxoria ac dotibus* (pagine 63 in-8.° : estratto dal periodico *Studi e documenti di storia e diritto*, anno XXI, 1900).

Nel § 96 del libro VII *Responsorum* dell'illustre uditore di Papiniano, Giulio Paolo, si trova il frammento che segue:

« Die nuptiarum (*vir*) virgini optulit munus, et duxit eam. quaero de do-
« natione. Paulus respondit, si ante nuptias uxori futurae *situlus argenteus*
« traditus est, donationem perfectam videri; quod si post nuptias donatio in-
« tercessit, ius civile donationem impedisse. quoniam agitur die nuptiarum
« munus datum proponitur, facilius in iudicio examinari posse tempus dona-
« tionis et matrimonii ».

Secondo l'Huschke il *situlus argenteus* non sarebbe altro che il vase destinato a ricevere i doni fatti alla sposa dallo sposo, e la parola *situlus* deriverebbe dalla grecanica κάδος, che, a sua volta, avrebbe data origine a quella gallica *cadeau*.

Ma il De Gasparis, nel suo lavoro, con copiosi argomenti filologici e storici, dimostra come l'opinione dell'Huschke sia errata.

A prescindere che non è neanche sicura l'origine di *cadeau* da κάδος, che il Larouse ed il Littré fanno discendere da *catellus*, le fonti stesse escludono che il *situlus* sia mai stato adoperato a contenere, conservare o custodire giojelli o cose preziose, in genere, e doni nuziali in ispecie. Questi, secondo l'attestazione di Marziale e Giovenale, venivano offerti in un piatto, *lanx*, e non nel *situlus*. E, d'ordinario, erano contenuti anche in un cofanetto, come ne fanno fede gli antichi monumenti, fra cui notevole una dipintura parietaria di Pompei, rappresentante Marte e Venere: questa sta per levarsi una collana per riporla nella cassetta che tiene Amore, ritto a sinistra.

Esclusa, quindi, l'interpretazione dell'Huschke, l'A., mercè una diligente, erudita ed interessantissima disamina dei documenti dell'epoca, viene alla conseguenza che il *situlus*, secchia adoperata nelle cerimonie religiose, e, quindi, anche negli sponsali — i quali un tempo abbisognavano di una vera consacrazione religiosa — dopo d'esser rivestito di un carattere sacro, ne valse in seguito a rievocare il ricordo. E però, quando scomparvero le forme religiose, che accompagnar dovevano gli sponsali, rimase il *situlus* come un ricordo dello *spondeum*, anzi servì a rappresentare, nè più nè meno, che l'*arrha sponsalitia*, la quale era tuttavia più comunemente costituita dall'anello, nella cui linea, come quella che non subisce interruzioni, gli antichi vedevano simboleggiata la fede costante ed inviolata.

Ed a questa interpretazione del riferito frammento di Paolo — finora rimasto oscuro e spiegato per la prima volta dall'egregio autore, già meritamente noto per gli altri pregevoli studi di storia del diritto — bisogna pienamente sottoscrivere, tanto più che una riprova della sua esattezza si rileva da un anello segnato col n. 25078 nella collezione degli oggetti preziosi del Museo di Napoli. In quell'anello nuziale — con su inciso il motto augurale MVLTIS ANNI(S) — e nel quale si riconosce un'*arrha sponsalitia*, trovasi appunto la figura di un *vas* rappresentante il *silulus*.

AVV. DONATO ASTUNI.

MILANO avv. ERNESTO (Giudice presso il Tribunale di Frosinone). — *Copia* e *Collazione di atti* — Estr. dalla *Encicl. giur. ital.*; Milano, Soc. Editr. Libraria, 1900.

È un pregevole lavoro, di piccola mole, ma denso di concetti e di nozioni esposte sinteticamente e con chiarezza anche in quelle parti della difficile e spesso controversissima materia, che rimasero oscure nelle pagine dei grandi trattati.

L'egregio magistrato premette delle nozioni generali sugli atti, le loro copie e la collazione di queste, e mostrando una variata e vasta competenza, ricerca poi tutte le disposizioni legislative nelle quali in un modo qualsiasi si tien parola della copia di un qualche atto. Divide quindi la materia in diversi capitoli, in ciascuno dei quali parla delle copie nel diritto civile, nella procedura civile (procedimenti di cognizione, di esecuzione e speciali), nel procedimento penale e nelle leggi amministrative (comunale e provinciale, Archivi di Stato, conservazione dei catasti, ordinamento dello stato civile, legge consolare, legge sui notai, sulle cancellerie, sul gratuito patrocinio, sul registro e sulle tasse di bollo).

Ed attraverso questa diligente, completa rivista, il colto magistrato spiega le ragioni delle singole norme, delinea i criteri direttivi e fondamentali ed indica la procedura necessaria per ottenere le copie stesse.

Sicchè la pubblicazione, per la grande sua utilità pratica, e per la cura illuminata e la completezza diligente con le quali è stato condotta, è tale che ne va dato meritato elogio all'egregio autore.

(Da « *La Legge* », a. c., pag. 684)

Libri pervenuti in dono.

AVV. T. C. GIANNINI. — *Inaugurazione dell'anno giuridico 1901 nella Repubblica di S. Marino* (Discorso di S. S. il Commissario della Repubblica). - Firenze, Civelli, 1901.

AVV. L. CAPOGROSSI-BOLOGNESI. *L'azione per rimborso di imposta di ricchezza mobile e la prescrizione quinquennale.* — Città di Castello, Lapi, 1901.

ARTURO LION. — *Trattato sulla legislazione dei lavori pubblici e dell'edilizia* (volumi I e II). — Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1900-1901. L. 24.

Codice civile generale pel principato del Montenegro (Traduzione italiana sulla nuova modificata edizione originale di ANTONIO MARTECCHINI). — Spalato, 1900.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

ROMA, 13 aprile 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Scillamà = Onorato c. Battaglia.

Anche i frutti dei beni dotali sono soggetti a pignoramento per debito d'imposta di R. M. (1).

Il collettore del mandamento *Monte di Pietà* in Palermo, Nicolò Onorato, per debito d'imposta dovuta da tal Santi Battaglia, sopra una rendita dotale, pagabile da Leopoldo Di Lorenzo, procedette a pignoramento.

Il Di Lorenzo dichiarò di avere soddisfatto le scadenze di detta rendita fino ad aprile 1899, onde il pretore del IV mand., con sentenza 31 dic. 1898, assegnava le posteriori scadenze in soddisfo delle imposte e delle spese.

Appellò da tale sentenza il Battaglia; ed il tribunale, ritenendo impignorabile la rendita dotale, anche per l'imposta di R. M., che vi grava, fece diritto all'appello.

È ora tale sentenza che il mentovato collettore denunzia per annullamento a questo Supremo Collegio, con ricorso affidato ad unico mezzo, col quale lamenta la violazione degli art. 1388 e 1405 c. c., 592 c. p. c. e art. 3 testo unico della legge sull'imposta di R. M.

Osserva il ricorso che niun testo di legge proibisce la pignorabilità dei frutti naturali e civili della dote, e tanto meno, se essi pur ritengansi impignorabili in genere, possono dichiararsi tali, anche pel pagamento di pesi afficienti gli stessi beni dotali. Nè la legge sull'imposta di R. M. fa eccezione alcuna, poichè essa all'art. 3 considera come redditi tassabili in categoria *A* i crediti iscritti agli offici ipotecari o altrimenti risultanti da atto pubblico nominativo; ed alla categoria *B* ogni specie di reddito non fondiario.

Ora, avendo la denunziata sentenza disconosciuto tali canoni di legge, se ne chiede l'annullamento.

Se è vero che l'istituto della dote ha per sua ragione d'essere e legale destinazione la necessità di provvedere al sostentamento ed ai bisogni della famiglia: « ad sustinenda onera matrimonii » (art. 1388 c. c.), non segue però da codesto principio la conseguenza che in tesi generale ha creduto di trarne il tribunale di Palermo, e cioè che le rendite provenienti da cespiti dotali debbano dichiararsi impignorabili in ogni caso, anche quando si tratti, come nella specie, del soddisfacimento di pesi afficienti per legge l'istesso cespite dotale, com'è quello derivante dall'arretrato pagamento della imposta di R. M. Certamente, se si fosse proceduto esecutivamente da un qualunque creditore sui frutti dotali, per debito contratto dal marito, ben a proposito il Collegio decidente avrebbe invocato e fatto richiamo alla distinzione, che si è venuta introducendo nella dottrina e nella giurisprudenza, intorno alla causa che determinò la contrattazione del debito per parte del marito, se cioè egli vi addivenne per suo personale ed esclusivo interesse, per speculazione di affari o di commercio, ovvero vi fu obbligato, per provvedere agli impellenti bisogni della famiglia: imperocchè, secondo che l'uno o l'altro caso si avvera, dovrebbe rispondersi per la pignorabilità o impignorabilità della fruttificazione della dote, riguardata questa in confronto alla sua legale destinazione. Se il debito ebbe tutt'altra causa che quella di un diretto bisogno della famiglia, permettere il pignoramento della fruttificazione della dote sarebbe distrarre questa dalla sua legale destinazione; laddove invece il debito fu determinato da urgenti necessità di famiglia, a cui beneficio fu la ricavata somma impiegata, esso, benchè apparentemente contratto dal marito, in fondo

(1) Per la impignorabilità invece da parte dei creditori del marito, v. da ultimo A. Palermo, 19 aprile 1901, in questo stesso fascicolo, p. 620.

va considerato come un debito della famiglia stessa, e ben a ragione potrà allora il creditore agire sui frutti della dote; perocchè la passività fu appunto incontrata per lo scopo, cui la dote è destinata.

Senonchè, nella specie, il pignoramento e la consecutiva assegnazione non procedevano da alcun debito volontariamente contratto dal marito, per cui potesse trovar luogo ed applicazione l'accennata distinzione, ma bensì da un arretrato pagamento d'imposta di ricchezza gravante sull'istesso cespite dotale, verso la Finanza dello Stato; cosicchè, fuor di luogo si ravvisa l'invocazione del principio distintivo sulla diversa origine del debito, fatta dal tribunale agli effetti della pignorabilità o no dei frutti della rendita dotale di che trattasi.

Invece, avuto riguardo all'indole del debito, per cui si è proceduto, derivante da pagamento d'imposta erariale che *ex lege* colpisce l'istesso cespite dotale, non è da porsi menomamente in dubbio la pignorabilità dei frutti di codesta rendita, in soddisfacimento, e sino alla concorrenza dell'ammontare della tassa.

Difatti, niuna disposizione s'incontra nella legge comune che inibisca la pignorabilità dei frutti naturali o civili della dote per pagamento di debiti d'imposta, mentre all'incontro la esazione delle tasse erariali, interessando la vita e l'organamento dello Stato, salvo tassative eccezioni, può sui cespiti, che ne son colpiti, promuoversi con tutti i mezzi di legge, facendosi, ove occorra, luogo anche a pignoramento.

E niuna disposizione di eccezione s'incontra altresì nella legge speciale sulla imposta di R. M., che dichiari la impignorabilità dei frutti della dote; anzi all'art. 3 sono indicati come tassabili in categoria *A* « tutti i redditi risultanti da atto pubblico nominativo », tra i quali vanno evidentemente compresi i redditi dotali. Pertanto, avendo il tribunale fatto mal governo della legge, fondata si appalesa la censura mossa dal ricorso alla denunziata sentenza, la quale va perciò annullata con le conseguenziali statuizioni che sono per legge.

P. q. m., cassa e rinvia.

ROMA, 13 aprile 1901 — *Pres.* Casell — *Est.* Basile = Nicolini *utrinque.*

1. *L'atto pubblico è dell'essenza delle donazioni anche nel caso in cui rappresentino l'adempimento di una obbligazione naturale* (1).

2. *Il pagamento degli interessi di una pretesa donazione verbale non autorizza coloro, ai quali la promessa fu fatta, a domandare anche il pagamento della somma capitale* (2).

I giudici di merito, con giudizio incensurabile, non dubitarono punto che il dedotto giuramento decisorio tendesse a porre in essere una vera donazione per atto di spontanea liberalità, la quale doveva essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità (art. 1056 c. c.); e giustamente ne dedussero non poter sussistere in mancanza di esso, nè molto meno potere essere dimostrata a mezzo del giuramento decisorio, non potendo questo esser deferito sopra una convenzione per la cui validità la legge esige un atto scritto (art. 1364 c. c.).

Correttamente la Corte d'appello non attese alla obbiezione che, trattandosi nella specie di una dichiarazione emessa in adempimento di una obbligazione naturale o di un contratto innominato, per agevolare il matrimonio e regolare rapporti di famiglia, non si avesse una donazione vera e propria, per la quale l'atto pubblico fosse richiesto a pena di nullità; sia perchè aveva già escluso qualunque obbligo naturale per parte del resistente verso la sua nipote, e riconosciuto che si trattava di un atto di spontanea liberalità, a cui egli non era nè per legge nè per altro titolo obbligato; sia perchè, quand'anche volesse considerarsi come una donazione rimuneratoria, se si era potuto dubitare in Francia che qualche donazione, avente il suo fondamento in un dovere morale di riconoscenza, potesse considerarsi realmente quale atto di spontanea liberalità, e non ritenersi quindi una vera e propria donazione, uguale dubbio non poteva sollevarsi tra noi, avendo appunto il codice civile, nell'art. 1051, espressamente dichiarato essere donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza, od in considerazione dei meriti del donatario, o per ispeciale rimunerazione, quand'anche gli fosse imposto qualche peso; quale disposizione, introdotta nell'art. 1122 cod. Albertino, e desunta dal § 240 cod. austriaco, ebbe in mira di togliere le molte contestazioni che sorgevano sull'essere o non soggette alle formalità prescritte per le donazioni quelle che, avendo una qualche condizione o peso annesso, oppure essendo fatte in contemplazione di servizi resi precedentemente dal donatario, si scostavano in qualche parte dalla natura ordinaria delle donazioni.

D'altronde, come bene osservò la sentenza denunziata, le obbligazioni naturali si confondono coi doveri morali e sono, al pari di questi, sfornite di qualunque sanzione civile, non producendo altro effetto che quello

(1-2) Cons. in arg. CIABURRI, *Ratifica*, nella *Enciclopedia giuridica*, cap. 5.° (*Ratifica delle donazioni e dei testamenti*), p. 188 e segg.

della *soluti retentio*; ma quando il pagamento non ebbe luogo, non esiste alcun vincolo obbligatorio, non potendo l'obbligo morale snaturare l'atto di liberalità, che conserva pur sempre l'indole sua primigenia.

Ben fece la sentenza impugnata a respingere l'altra obbiezione che l'adempimento della obbligazione naturale mediante il pagamento degli interessi, importando esecuzione della medesima, faceva sì che non potesse più distruggersi o revocarsi; sia perchè l'unico effetto del pagamento degli interessi potrebbe esser quello di impedirne la ripetizione, che non fu mai chiesta, ma non potrebbe esercitare alcuna influenza sulla somma capitale, il quale non fu mai versato; sia perchè, ove pur volesse considerarsi come dono manuale, mancherebbe pur sempre la effettiva tradizione della cosa donata, condizione essenziale per la sua esistenza; sia perchè non potrebbe considerarsi come una ratifica della originaria obbligazione; dappoichè, essendo di essenza nelle donazioni l'atto pubblico, non potrebbero sanarsi con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo, in modo assoluto, per difetto di forme (art. 1310 c. c.); salvo, come saviamente notò la denunziata sentenza, una novella manifestazione di volontà rivestita di tutte le solennità legali.

Neppure ha valore alcuno l'altra obbiezione, che cioè il contratto, il quale mascheri una donazione, non abbia bisogno di altra formalità che di quelle le quali sono per legge proprie del contratto apparente; dappoichè bene osservò a questo riguardo la Corte d'appello, che gli atti vanno interpretati e definiti secondo la loro natura e la intenzione delle parti, per l'antico monito, « non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur »; e quindi una donazione non cessa di essere tale, per il semplice fatto che si tenti di mascherarla sotto le apparenze di un contratto oneroso, e debba quindi sottostare a tutte quelle formalità che sono connaturali alla essenza di tale contratto.

—

NAPOLI, 11 aprile 1901 — *Pres.* Salvati — *Est.* Loffredo — *P. M.* Mancini :: Martire c. Curati.

Il condomino di una casa può opporsi all'impianto di un ascensore in quanto il medesimo importi una innovazione nel cortile e nella scala (1).

Sorge la controversia da che, essendo del palazzo De Rosa, in via Roma in Napoli, i cortili, gli androni di passaggio e la scala comuni a dieci comproprietari, tra i quali i signori Gaetano Martire ed Enrico Curati, ed avendo il Martire proposto d'impiantare nell'androne sottostante alla scala un ascensore elettrico, mentre otto dei comproprietari assentivano, quantunque con riserva d'irresponsabilità, il Curati negava il suo acconsentimento.

Nella contesa giudiziale il tribunale, ritenendo innovazione vietata essere quella soltanto, che trasformi o modifichi sostanzialmente la cosa comune, e sia lesiva agli altri condomini, subordinava la decisione ad una perizia, che disponeva, per assodare, se rilevandosi la destinazione del cortile e dell'androne già fissata dall'uso, la medesima risultasse alterata dall'impianto dell'ascensore e dall'occupazione dello spazio occorrente, con pregiudizio dei condomini.

Invece la Corte d'appello dando ragione al gravame del Curati, ritenne che l'impianto permanente dell'ascensore, importando detrazione di spazio della cosa comune, e mutamento di destinazione della medesima, costituisce l'innovazione non permessa senza assentimento dei condomini, e reputando quindi frustranea la perizia disposta, rigettava la domanda del Martire.

Onde ora il costui ricorso, con cui credesi fare segno a censura la relativa sentenza del 27 dic. 1899, sostenendosi di avere questa scambiato il concetto dell'innovazione vietata, questa inducendo dalla occupazione di spazio, necessario all'impianto dell'ascensore malgrado ciò non induca, dicesi, disposizione della cosa comune, o alterazione di destinazione della medesima, e induca invece non altro che una mutazione pel miglior godimento della cosa comune, non costituente innovazione vietata, e da ciò inferendosi infine la doglianza in quanto all'utilità non ritenuta dalla perizia. La controversia, come vedesi, non è lieve, e non irrilevante è il fascino col quale, per ciò che n'è obbietto, e ch'è certamente di utilità incontestata, si presenta già circondata. È questione di vedere se, in tema di condominio o comunione *pro indiviso*, l'impianto dell'ascensore *in re communi* importi soltanto mutazione pel miglior godimento della cosa comune, da potere al dissenziente essere imposta dalla maggioranza dei condomini, come col ricorso viensi sostenendo, ovvero importi alterazione di destinazione, e quindi quella inno-

(1) Pei precedenti di questa causa v. l'ora confermata sentenza 29 dicembre 1899 della Corte d'appello di Napoli e la contraria del Tribunale di Napoli, 13 luglio 1899, con l'ampia e dotta nota illustrativa del prof. FADDA, in *Filangieri*, 1900, 297; 1899, 541.

vazione della cosa comune che, in dissenso anche di un solo condomino, non è permessa, come la Corte giudicatrice ha avvisato.

Ma la risoluzione non può attingersi che nella legge, ed essendo la legge coordinata al concetto giuridico del condominio suddetto, non possono le singole disposizioni dettate essere applicate che in conformità del concetto medesimo, non astraendone. Ora accade appena rilevare che il condominio o la *communio pro indiviso* implica il diritto dei condomini a servirsi della cosa comune *in toto et in qualibet parte*, per essere dalla comproprietà cotesto diritto inseparabile; e che a cotesto concetto, che è cardinale, siasi inteso coordinare l'esercizio del diritto dei condomini, non puossi revocare in dubbio. In effetti, nella permanenza del condominio, si è tenuto salvaguardarne l'entità togliendosi ai comproprietari di poterne domandare lo scioglimento, sempre che la cosa comune cessi per ciò di servire all'uso cui si trovi destinata, ed imponendosi ai medesimi l'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la conservazione della cosa medesima, salvo a costoro soltanto la facoltà dell'abbandono del diritto di comproprietà, art. 676 e 683 c. c. E di qui la inibizione che con l'art. 677 è fatta d'innovazione della cosa comune, là dove tutti i comproprietari non vi acconsentano, anche quando la innovazione si pretenda vantaggiosa a tutti. Di qui la norma che, per l'esercizio del diritto dei condomini, leggesi dettata negli art. 675 e 678, e che non è che la esplicazione della stessa comunione, in quanto a determinazione dell'esercizio stesso sotto l'un rapporto, e in quanto a gestione della cosa comune sotto l'altro.

Questo essendo il concetto organico della legge, non è malagevole vedere in che stia la innovazione non permessa senza assentimento di tutti i comproprietari, e come quindi all'impianto dell'ascensore, nel caso in esame, non si opponga a torto la disposizione dell'art. 677 dianzi indicato. La legge certo non definisce la innovazione, nè ipotizza i casi che valgono a costituirla, ma non perdendo di vista la natura e l'effetto della comunione, vuole alla comproprietà commisurati i pesi come i vantaggi (art. 674), e designa il criterio ricognitivo, nell'art. 675, col quale riconoscesi a ciascun comproprietario o partecipante il diritto di servirsi della cosa comune, ma a condizione che esso la impieghi secondo la destinazione fissata dall'uso, e non se ne serva contro l'interesse della comunione, o in modo che impedisca agli altri partecipanti di servirsene secondo il loro diritto. Con che il concetto giuridico dell'innovazione non è a dire certamente lasciato indeciso, chè della cosa comune la comproprietà essendo nei condomini indivisa, e ciascuno esercitando il suo diritto non altrimenti che con servirsi della medesima secondo la destinazione usuale, s'intende di leggieri che vi ha innovazione sempre che la cosa comune sia sottratta alla sua destinazione in tutto o in parte. E poichè ciò avviene non pure col disporre che della cosa comune uno faccia in vantaggio suo esclusivo, ed in pregiudizio degli altri, ma anche con volerne mutata o alterata soltanto la destinazione, è forza riconoscere che la innovazione si avveri non soltanto per fatti che importino disposizione nel senso qui indicato, ma per quelli eziandio che arrechino alterazione permanente di destinazione, inducendo gli uni e gli altri, per diverso modo, quasi pari effetto, quello di menomare il diritto dei condomini sulla cosa comune. Onde la disposizione dell'art. 677, che per illazione del principio informante della comunione, e quindi dell'esercizio del diritto dei condomini, vieta l'innovazione della cosa comune, in dissentimento dei medesimi, ancorchè la si pretenda vantaggiosa a tutti. Or questa, essendo la *mens legis*, dire non puossi che la Corte giudicatrice si sia dalla legge dilungata in ritenere che innovazione costituisce l'impianto dell'ascensore nell'androne comune, e sia innovazione non permessa, nel dissenso di uno dei condomini, qual'è il Curati. E di vero, è fuori controversia che il detto androne sia comune ai dieci comproprietari del palazzo, tutti costoro esercitano sul medesimo il loro diritto, passando essi stessi od i loro inquilini con le proprie famiglie, sia a piedi, sia con le loro vetture: sicchè incontroversa è la destinazione del medesimo fissata dall'uso. D'altra parte importando l'impianto dell'ascensore l'occupazione dello spazio occorrente, è indubitato che di detto spazio la destinazione riesce mutata, e che quindi i condomini non possono più servirsene secondo l'uso; lo che importa menomazione del loro diritto che sulla cosa comune si esplica *in toto et in qualibet parte*. Nè vale dire che per essere non rilevante lo spazio da occupare, la destinazione non risulti alterata sostanzialmente, e che non v'ha innovazione se l'alterazione non sia sostanziale; chè per piccola che sia della cosa comune la parte di mutata destinazione, la mutazione importa lesione del diritto di condominio, ed è sempre sostanziale e la mutazione e l'alterazione, quantunque della cosa comune sia limitata soltanto ad una parte.

Nè per sfuggire alla sanzione di detto articolo 677, il ricorrente fa da ultimo opportunamente appello al seguente art. 678, dando da un verso all'impianto dell'ascensore impronta di mutazione di godimento, e rile-

vando, dall'altro, l'ottenuta adesione della maggioranza dei condomini.

Non è la utilità dell' ascensore per il godimento migliore delle rispettive abitazioni, quello che valer possa a risolvere in senso diverso la controversia; stante che così si sostituisce il godimento dell'ascensore a quello della scala comune, ma non rimuovesi la lesione del diritto dei condomini per la mutata destinazione della parte dell'androne occorrente al detto impianto, mutazione che costituisce l'innovazione; ed è già accaduto rilevare che l'innovazione ha bisogno del consentimento dei condomini, ancorchè sia a tutti vantaggiosa. D'altra parte l'art. 678 intende a regolare i rapporti dei condomini, in quanto a gestione della cosa comune, ma ritenendo incontesi i diritti che su questa i medesimi rappresentano; ed è, guardando soltanto all'amministrazione, che in caso di disaccordo circa il migliore godimento della cosa medesima, vuole obbligatorie le deliberazioni della maggioranza anche pei dissenzienti, e nei casi ivi previsti deferisce il provvedimento all'autorità giudiziaria. Essendo questo l' obbietto di detta disposizione, questa s'invoca fuori proposito, allorquando è in controversia la lesione del diritto stesso di esercizio del condominio, come nel caso in esame, e non puossi invocare perchè, se fosse altrimenti, si contraddirebbe a ciò che è essenza del condominio ed alle già esaminate disposizioni che regolano l'esercizio del diritto dei condomini. A fronte di coteste disposizioni non puossi adunque negare che l'impianto dell'ascensore, importando detrazione del suolo comune, e quindi menomazione al condomino Curati del diritto di servirsene secondo destinazione, costituisce innovazione; e che innegabile è quindi il diritto in costui di opporsi, non ostante l'adesione degli altri condomini, all'impianto medesimo. Si può deplorare che così venga meno a costoro una utilità che è incontestata; ma osta la comunione, ed in tema di comunione vale oggi, e varrà sempre, quanto lasciò scritto Papiniano, Leg. 28 D. *communi dividundo:* « In re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat ».

E ciò ritenuto, ognuno vede come non possa alla sentenza farsi rimprovero di avere reputata frustranea la perizia stata disposta dal tribunale.

Avrebbe questa potuto avere utilità soltanto se fosse stata controversa la necessità di occupare dell'androne comune uno spazio occorrente al detto impianto, o la mutazione o alterazione della destinazione di esso. Ma ritenuto in fatto nella sentenza, l'una cosa fuori controversia, e imprescindibile, qual'è, l'altra, la perizia non ha più finalità utile per la decisione.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 2 aprile 1901 — *Pres.* De Amicis — *Est.* Prato — *P. M.* Piroli = Terenghi c. Comune di Desio.

Il Comune risponde del danno causato al privato coll'elevamento del livello d'una strada comunale, solo in quanto ne derivi la imposizione o l'aggravamento di un onere reale sopra il fondo di lui (1).

Il ricorrente fonda tutto il ragionamento in ordine al primo dei proposti mezzi su che dalle opere di sistemazione della via del Borghetto, cui è addivenuto il Comune di Desio, sia derivato un danno alla sua proprietà, e quindi una lesione di quel diritto che è consacrato dall'art. 436 c. c., e per la manomessione e menomazione del quale deve essergli dall'autore di quelle opere dannose corrisposto adeguato indennizzo; dal che egli conclude aver errato la denunciata sentenza quando, pur riconoscendo essergli stato impedito il comodo accesso che prima aveva pel portone alla sua casa, e costituita quasi una servitù di prospetto nell'interno delle sue camere, dichiarò che nessun diritto d'indennità gli potesse spettare.

---

(1) La sentenza 4 luglio 1900 della Corte d'appello di Milano, ora confermata dalla Corte Suprema, si legge nel *Mon. Trib.*, 1900, p. 909. — Sulla questione se l'edificio posto lungo la via pubblica goda, nei riguardi del passaggio, dello scolo, della veduta ecc. dell'esercizio di una vera servitù v. da ultimo LION. *Trattato sulla legislazione dei lavori pubblici e dell'edilizia* (Torino, Unione Tip. Ed., 1900), vol. I, p. 633 sgg. « Non bisogna però cadere nell'errore di ritenere (dice in seguito il LION, p. 655) che, accordata al confinante una vera e propria servitù, egli possa vantare gli stessi diritti che avrebbe se esercitasse lo stesso diritto di passaggio, di veduta, di stillicidio su un fondo privato; che egli potrebbe ad esempio aver ragione per esigere che l'autorità competente non alienasse o sopprimesse la via, non la cambiasse di classe, non facesse quei lavori che credesse del caso riescendo essi, a giudizio del confinante, dannosi all'esercizio delle servitù cui ha diritto. No, questi diritti egli non potrà vantarli, nè potrà adire l'autorità giudiziaria perchè venisse, ad esempio, mantenuta la destinazione pubblica della via o della piazza . . . L'amministrazione è però tenuta ad accordare un'indennità qualora le sue opere sulla via pubblica potessero riuscire dannose ai diritti acquisiti di servitù del confinante ».

Ora, così ragionando, dimentica il ricorrente che se il diritto di proprietà sta nel godere e disporre delle cose proprie nella maniera più assoluta, giusta la invocata disposizione dell'art. 436 c. c., l'uso però e il godimento del proprietario non può estendersi oltre quei confini che sono dalla legge e dai regolamenti tracciati, a tutela di eguali diritti di altri proprietari e nell'interesse di un ben ordinato consorzio civile.

Se pertanto potè il Terenghi edificare sul proprio fondo ed aprire un accesso e finestre a servizio delle sue case con quelle modalità che ha creduto per lui più convenienti, senza osservare distanze od altre disposizioni di legge, ciò fece unicamente in quanto la sua proprietà era confinante e latistante ad una pubblica strada, sulla quale egli poteva transitare, in quanto la strada serviva, non solo a lui some singolo proprietario, ma a tutti gli altri abitanti di Desio.

La sua proprietà stava nel fondo e nella casa, e nessun diritto di servitù di passaggio o di prospetto gli davano il portone e le finestre, così come aveva creduto aprirle e stabilirle; per modo che le modificazioni che alla strada pubblica e nell'interesse della generalità degli abitanti e degli altri proprietari latistanti a quella strada avesse creduto a sua volta il Comune di praticare, senza toccare l'individuale proprietà del Terenghi, non potevano ledere il suo diritto di godere e disporre nella maniera più assoluta della cosa sua.

Ed è appunto perciò che la Corte di merito, dopo aver giustamente premesso che soltanto al Terenghi poteva competere diritto ad indennità quando alcun suo diritto civile fosse in concreto stato leso dall'avvenuta sistemazione della via del Borghetto e dalle opere praticate sul suolo stradale, si fece ad indagare quali diritti in realtà detto Terenghi potesse far valere verso il Comune a difesa della sua proprietà, e se in realtà le eseguite opere, per cui il livello di quella strada era stato elevato di pochi centimetri, avessero leso tali diritti, o sconfinato da quelli che pur devesi riconoscere aveva il Comune sulla sua strada. Nè a tale indagine era estraneo l'esame delle servitù di passaggio o di prospetto che per avventura competessero al Terenghi, sia perchè a tale esame era logicamente il magistrato condotto dalle premesse esattissime e non censurate della denunciata sentenza, sia perchè la questione di servitù derivante dalla situazione dei luoghi era stata sollevata ed ampiamente svolta nella conclusionale d'appello dello stesso Terenghi, ed era indispensabile il vedere se servitù o menomazioni del diritto di proprietà ne fossero derivate all'attore e suoi fondi per effetto dell'avvenuta variazione del livello stradale.

La Corte escluse che alcun diritto di servitù sulla strada competesse al ricorrente, e questi stesso riconosce ora che, se egli avesse bisogno di dimostrare di avere tale diritto, la causa sarebbe irremissibilmente perduta.

Dunque, e poichè non si può contestare che nessuna opera fu eseguita sulla proprietà del Terenghi, e nemmeno che egli avesse altri diritti fuorchè quello di transitare e prospettare sulla strada in quella guisa che transitano e prospettano gli altri cittadini di Desio, nessun diritto inerente alla sua proprietà potè essere leso dal Comune quando modificò la strada in quel modo che meglio corrispondeva all'interesse generale del pubblico; e mancando la lesione di diritto civile qualsiasi, vien meno ogni azione per danni, la quale ha appunto unico fondamento nella lesione del diritto altrui.

Se non che vorrebbe il ricorrente trovare la ragione ad indennizzo nel fatto della diminuzione della luce del portone, e nella minore elevazione delle finestre e altri consimili, per i quali fatti tutti, a suo dire, se non tolto, gli fu diminuito l'uso e il godimento della cosa propria, d'onde una lesione del suo diritto di proprietà. Ed aggiunge che, se si ammettesse il principio che un Comune possa in qualsivoglia modo nella sistemazione di una strada recar danno alle proprietà contermini, diminuendo ai proprietari il diritto di goderne, non vi sarebbe ragione per negare al Comune la facoltà di abolire il diritto stesso.

Ma l'argomento non regge, innanzi tutto perchè la legge regola e limita il diritto di proprietà in ragione ed in rapporto alla tutela dei diritti altrui, ed essenzialmente perchè non ogni incomodo o lesione di interessi può essere elevato a ragione di indennità, ma solo quando esista un diritto civile da tutelare e far valere.

Ora non ha bisogno di essere dimostrato che in concreto potrà al Terenghi tornare più incomodo l'accesso alle sue case, gli sarà incomodo altresì che altri possa dalla strada vedere nelle sue camere, dovrà per avventura provvedere ad impedire che i mozzi dei carri guastino l'intonaco alla sua casa, ma da tutto ciò non conseguirà che la sua proprietà sia stata abolita o scemata unicamente perchè aveva originariamente stabilito il portone, le finestre, lo zoccolo in pietra in quella conformità che gli era consentita dalle condizioni in cui si trovava allora la strada; giacchè le modalità delle costruzioni non possono non essere subordinate allo stato in cui è diritto e dovere del Comune mantenere le strade pubbliche de-

stinate alla generalità degli abitanti e particolarmente a tutti i proprietari latistanti alla stessa via, senza che su questa possano dai singoli vantarsi diritti di sorta.

E ciò è tanto perspicuo che, come a nessuno potrà venire in mente di elevare pretesa di danni contro il vicino che, serbate le distanze, abbia col suo edificio tolto il panorama ridente che per avventura godesse la sua casa, o reso possibile il vedere dalle proprie finestre nell'interno delle camere che prima godevano la più ampia prospettiva ed erano immuni da quelle tende o persiane che dopo la costruzione si rendessero necessarie a togliere quell'incomodo, così sarebbe assurdo parlare di lesione di diritti e di obblighi a rifusione di danni nel Comune che, abbandonando una strada o riducendo a fabbricazione una pubblica piazza, privasse i confinanti proprietari di quei vantaggi e comodi che dall'avere le loro case prospicienti su un largo spazio o servite da una strada, mantenuta a pubbliche spese in ottimo stato, si erano ripromessi od avevano quando edificarono in quelle località; e ciò perchè nessun diritto a titolo singolare possono i confinanti proprietari vantare sulla strada, nè ogni privazione di comodi, o vantaggi o lesione di particolare interesse, anche apprezzabile in valore, può dar luogo ad azione di danni, se in pari tempo non havvi lesione di un vero e proprio diritto civile.

E l'evidenza di queste ragioni si è talmente imposta allo stesso ricorrente, ch'egli non ha creduto di poter altrimenti trovare la ragione di un danno nel fatto che per la elevazione del suolo stradale i passanti possono vedere nella sua camera, fuorchè mettendo innanzi la tesi che da ciò siasi dal Comune costituito una servitù a carico della sua casa; ma così fatta tesi si confuta da sè medesima appena si abbiano presenti i caratteri delle servitù, e non serve ad altro fuorchè a dimostrare come bene abbia giudicato la Corte milanese, dichiarando che nessun diritto del Terenghi era stato leso dal Comune, e che per conseguenza nessuna indennità eragli dovuta per quanto si riferiva alla diminuita luce del portone, alle finestre, allo zoccolo in pietra e alla minore elevatezza della casa.

Vanamente ancora si richiama il ricorrente ai principî che informano la legge sulle espropriazioni per pubblica utilità e ad una recente decisione in materia di questo Supremo Collegio; giacchè nè dell'applicabilità al caso della citata legge, nè delle condizioni stabilite dall'art. 46 della legge stessa in cui trova fondamento l'invocato responso di questo Collegio, non fuvvi discussione nel giudizio di merito, e mancavano quindi gli elementi di fatto sui quali avrebbe potuto il magistrato giudicare la controversia sotto tale aspetto.

Il I mezzo del ricorso si appalesa perciò assolutamente infondato, come infondato deve pure dichiararsi il II.

Invero la Corte di merito, non che contraddirsi, fu legalmente e inevitabilmente logica nell'applicazione dei principî di diritto, che sono la base della sua pronuncia, giacchè a nessuno sfugge che, posto il principio non darsi ragione ad indennizzo quando manca la lesione di un diritto, ne scende per naturale logica conseguenza che se il Terenghi poteva ripetere danni per ciò che nella sistemazione della strada si fosse a carico dei suoi fondi costituita o aggravata la servitù di scolo delle acque, non lo poteva per altro titolo, perchè da questa sistemazione nessun altro suo diritto era stato altrimenti offeso.

Ciò è sufficiente a dimostrare l'insussistenza della doglianza oggetto del II mezzo, e come la denunciata sentenza resista alle censure tutte che il ricorrente le muove col suo ricorso, il quale deve perciò essere respinto colle conseguenze di legge.

P. q. m., ecc.

—

PALERMO, 30 marzo 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Adragna — *P. M.* Caruso — Ferro c. Cosenz.

*La competenza territoriale stabilita nell'art. 662 c. p. c. è d'*ordine pubblico (1).

Tutta la causa attuale va nella sua sintesi ristretta al solo quesito di conoscere se il disposto dell'art. 662 cod. proc. civ. per la sua dizione abbia derogato alla competenza territoriale in modo assoluto o solo a quella della materia e valore. Quesito veramente non nuovo e per la scuola e per la giurisprudenza, la quale però non è unanime, si vede invece schierata in due campi opposti, epperò a risolverlo più che le precedenti varie sentenze debbono valere non solo la lettera, ma lo spirito della legge e le regole di ermeneutica legale. La Corte di merito risolse il tema della causa da un punto di diritto che non pare possa avere la sua eco presso il Supremo Collegio, poichè volle ritenere che quantunque i beni posti sotto espropria dal Banco di Sicilia si trovassero fuori il territorio del tribunale di Termini-Imerese, pure a questo magistrato

(1) Cfr. A. Milano, 5 ottobre 1897 — *contra* A. Milano, 21 luglio 1891 (in *Mon. Trib.*. 1897, 909; 1891, 894) — Cass. Napoli, 14 giugno 1889 (*Ib.*, 1890. 471).

non mancava la giurisdizione di pronunziare in giudizi di espropriazione, solo avrebbe mancato di competenza per ragione di territorio, ma essendo tale competenza meramente relativa, essa non essendo stata dedotta ai termini dell'art. 187 c. p. c. prima di ogni altra istanza e difesa, non poteva più proporsi come fu infatti proposta.

Ora per quanto vero in genere che ogni Collegio giudiziario di primo grado abbia giurisdizione di pronunziare in giudizi di espropriazione, non è men vero che cotesta giurisdizione deve andar limitata; vedremo in che, e come per ora è a rilevare che, ammessa per poco una giurisdizione illimitata, sarebbe un assurdo giuridico che il tribunale di Palermo, a cagion d'esempio, possa esercitare la sua giurisdizione in un'espropria di beni situati nel territorio di Torino, perchè la legge nelle sue alte vedute di ragion pubblica non può scompagnare la giurisdizione del magistrato dal luogo nella cui periferia è limitata l'attribuzione di giudicare. In diverso caso, più che ordine e disciplina, il disordine ed il caos ne sarebbe la conseguenza, ecco perchè la giurisdizione non può venir scompagnata dalla competenza. Ciò premesso, egli è facile esaminare se, quando il legislatore dettò le sue norme per disciplinare la competenza per territorio, avesse gli stessi principî ritenuto trattandosi di espropria di beni immobiliari.

La competenza per territorio è posizionata nella Sez. II del tit. II c. p. c., il cui epigrafo è « della competenza e del modo di regolarla », ed in quella sezione all'art. 93 ha sancito che le azioni reali sui beni immobili e le azioni indicate nell'art. 82 si propongono avanti l'autorità giudiziaria del luogo ove è posto l'immobile o seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile, e si noti che il legislatore richiamò nell'art. 93 l'art. 82 per dinotare (giacchè non l'aveva detto in quest'ultimo articolo), che pure essendo di competenza dei pretori, vale a dire di giurisdizione dei pretori, qualunque il valore della causa, le azioni di danni e guasti sui fondi urbani o rusticani, le azioni possessorie, quelle di danno temuto o denunzia di nuova opera, eppure la debita conoscenza di tali azioni non poteva lasciarsi all'arbitrio di qualunque pretore del Regno, invece volle che tali azioni come quelle reali sui beni immobili si presentassero avanti il magistrato del luogo, pretore o tribunale, ove è situato l'immobile o fosse avvenuto lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile. Previde il legislatore la possibilità che i beni su cui intenda esercitarsi l'azione reale fossero posti in giurisdizioni differenti sia di pretori o di tribunali, ed allora prescrisse che l'autorità giudiziaria da adirsi doveva essere quella del luogo in cui è posta la parte soggetta a maggior tributo diretto verso lo Stato, o davanti quella del luogo in cui vi sia posta una parte qualunque dei beni, ma purchè uno dei convenuti vi abbia il suo domicilio o residenza: pretore o tribunale secondo la propria competenza (art. 71, 84 c. p. c.). Però quando bisognò ipotizzare i casi diversi in cui, più che un'azione reale sugli immobili si trattava di spogliare il debitore dai propri beni mercè il giudizio di espropria, il legislatore usò più stringente e più rigoroso linguaggio, e se lo stesso senso volesse darsi alla lettera dell'art. 662 c. p. c. di quello usato nell'art. 93 che la Corte del merito volle applicare, si taccerebbe il legislatore di un pleonasmo che non è ammissibile.

Infatti, a leggere le disposizioni che riguardano la competenza per territorio, per connessione o continenza di causa, il legislatore parla di autorità giudiziaria in genere, avendo già date le norme di rispettiva competenza nei cennati art. 71 ed 84 c. p. c., ma diversamente si esprime nella espropria, cioè sull'esecuzione dei beni immobili del debitore, poichè, sin dall'opposizione al precetto che deve precedere l'espropria, lascia la frase di *autorità giudiziaria*, e sancisce che l'opposizione deve andar trattata avanti il tribunale competente a norma dell'art. 662. Il legislatore dunque pose speciale importanza all'istituto dell'espropriazione, tracciando una giurisdizione accordata solo ai tribunali, non già in una misura generica ogni tribunale, ma in quella specifica, cioè quel tribunale nella cui giurisdizione, il che importa territorio, sono situati i beni, qualunque sia il valore della causa e qualunque sia l'autorità che pronunziò la sentenza che forma il titolo per cui si procede.

Si dirà che con tale disposto volle derogarsi alla competenza per materia e valore togliendone la conoscenza alla giurisdizione dei pretori soltanto. Una tanta ristrettezza non è conforme alla lettera della sanzione, la quale imperativamente dispone che la giurisdizione appartiene appunto a quel tribunale ove, qualunque sia la materia e qualunque il valore, sieno situati i beni, e se questi sono situati in giurisdizioni, cioè in territori diversi, allora avanti quel tribunale nel cui territorio si trovi la parte maggiore dei beni, e sparisce così anco l'ultimo inciso dell'art. 93, cioè di esercitare un'azione reale anco in quella giurisdizione di magistrato, nella quale esista una parte qualunque di beni, purchè il convenuto vi abbia il suo domicilio o residenza. Di talchè il legislatore che intese a stabilire mille garanzie all'istituto dell'espropria, non si contentò, nè poteva contentarsi, di una semplice deroga al

principio della competenza della materia e valore, volle ben altro ed espressamente il dispose, devolvendo le azioni per espropria dall'ordinaria competenza del pretore, dandone la esclusiva conoscenza a quel tribunale nel cui territorio fossero situati i beni o la maggior parte di essi. E se per l'articolo 662 avesse inteso derogare alla sola materia ed al valore, non avrebbe punto avuto bisogno di parlare del luogo ove i beni fossero stati situati, avendovi provveduto coll'art. 93. Escluso il pleonasmo, perchè impossibile, la lettera della sanzione debbe avere tutto il suo significato e l'intera sua portata.

Ma ciò non è tutto; se si ricorre allo spirito informatore della disposizione che sta nell'art. 662, si è costretti convenire che la frase usata di « *situazione di beni* » formi deroga alla competenza relativa per territorio, formando la situazione dei beni, condizione assoluta per poter esercitare giurisdizione in materia di espropria.

A guardare infatti alla semplice forma della disposizione dell'art. 662 è la stessa così imperativa da dimostrare che non è dato nè alle parti nè al magistrato il derogarvi, e quindi non solo la materia e valore è devoluta al tribunale, ma a quel tribunale esclusivamente in cui i beni trovansi situati.

Ma ricordando la ragione perchè il legislatore volle stabilire una speciale competenza non derogabile ai tribunali, nel cui territorio sono situati i beni o la maggior parte di essi, essa si rileva non solo dall'insieme delle diverse disposizioni di legge sulla materia, ma dall'unica ragione che indusse il legislatore a prescriverla, cioè la comune utilità da una parte sia del creditore istante e degli altri creditori che hanno iscrizioni ipotecarie su quei beni nel cui territorio vi ha un tribunale che deve all'occorrenza giudicare, ed all'utilità dello stesso debitore il quale ha maggiore probabilità di vedere aumentato anco in suo vantaggio il prezzo dell'incanto con oblatori vicini al luogo ove i beni sono situati, e d'altra parte evitare i gravi inconvenienti di spese, di facilissime frodi a danno dei creditori e dello stesso debitore ove una giurisdizione speciale non avesse provveduto a garantire gli interessi di tutti, fossero debitori, creditori o terzi.

Da ciò la logica conseguenza che quella speciale competenza venne disposta per ragione di ordine pubblico, alla quale non è dato derogarvi neanco per private convenzioni « quia privatorum conventionibus ius publicum infrangi non potest », e molto meno rinunziarsi dal convenuto, quasi si trattasse di competenza di solo territorio, mentre la legge ha voluto evitare il danno non solo del debitore, ma ben pure quello dei terzi che nei giudizi esecutivi ha avuto sommo e speciale pensiero di tutelare, cura a cui debbono concorrere le diverse autorità, facendo rispettare le attribuzioni loro rispettive, onde si sostiene in tal modo lo Stato e con esso è garentita la sicurezza dei suoi membri.

La Corte di merito, che a differenza della stessa sentenza del tribunale, volle vedere una competenza tutta relativa per territorio e non una competenza assoluta data alla materia e valore non solo, ma ben ancora al luogo della situazione dei beni, violò flagrantemente la legge, e la sentenza merita essere posta al nulla con tutte le conseguenze di legge.

—

PALERMO, 28 marzo 1901 — *Pres.* Maielli — *Est.* Pallone — *P. M.* Caruso = De Maria c. Biondo.

La esplicita dichiarazione scritta *del genitore di cui all'art. 193 n. 3 c. c., non vale a far fede della figliazione incestuosa o adulterina, agli effetti dell'incapacità a succedere* (1).

L' unico quesito da esaminare in ordine al ricorso De Maria-Collesano, la cui risoluzione seco poi trarrà anche quella degli altri quesiti secondari, è se in tema di figliazione vietata le risultanze da esplicite dichiarazioni per iscritto dei genitori, di che al n. 3 dell'art. 193 c. c., abbiano (come in ispecie ritenne la Corte di merito) la sola giuridica efficacia di far conseguire al figlio gli alimenti, ovvero se, come sostiene il ricorso, abbiano nel contempo anche l'efficacia di constatare la costui incapacità a succedere, giusta gli art. 752, 767 c. c.

Ora gli è facile dimostrare pel testo e per lo spirito della legge, che, malgrado si tratti di materia assai discussa, soltanto vera sia la soluzione data al quesito dalla sentenza impugnata.

Difatti, il sistema accolto in obbietto dal codice in vigore è precisamente quello stesso dei codici precedenti, che, modellati sulla legislazione francese, avevano imperio nei vari Stati della penisola.

Presunzione di filiazione soltanto nelle giuste nozze, riconoscimento ammesso nel caso di unioni non vietate, indagini sulla paternità e maternità, in quanto a tali unioni, soltanto in casi specialissimi pel padre, ed in date condizioni per la madre, non riconoscimento nè indagini mai rapporto ai figli nati da unioni vietate. Quest'ultima esclu-

---

(1) Questa decisione conferma la sentenza 28 febbraio 1900 della Corte d'appello di Palermo, che leggesi in *Filangieri*, 1900, 622, col richiamo.

sione era ed è di indole assoluta, e non permette che alcuno la potesse eludere, fossero essi i genitori, con dichiarazioni non consentite, fossero i figli con simili dichiarazioni od ammissioni, fossero terze persone che avessero interesse a far risultare la qualità stralegale dei figli predetti ai fini della loro incapacità a succedere.

Nulla, secondo le vedute del legislatore, può valere contro il reciso disposto degli art. 180 e 183 c. c., perchè è di supremo interesse sociale il non ripetersi di quei giudizi che prima della codificazione francese con pubblico scandalo e con offesa al buon costume recavano tanto strazio alla tranquillità ed all'onore della famiglia, onde poi si spiega il rigore del divieto, così che si tratti di riconoscimento, così che si tratti di ricerche. Tutto ciò che abusivamente si fosse fatto contro questo doppio divieto, deve ritenersi come non fatto, e quindi irrita e nulla a mente della l. 5 ff., « de legibus et costitut. »: e così, a meno di qualche effetto che eccezionalmente dalla stessa legge le sia attribuito, deve dirsi delle dichiarazioni di paternità e maternità, comunque fatte dai genitori, anche se poste a riscontro di quelle consimili che provenissero dai figli. Non sarà del tutto evitata nell'esistenza di tali dichiarazioni l'ingrata impressione di chi ne viene a conoscenza, e molto più se si aggiunge che il figlio dell'unione condannata abbia ad aver parte nella successione dei genitori, ma non perchè un male non si possa in un dato caso schivare si sarebbe dovuto aggravarlo propalandolo nei pubblici giudizi, essendo d'altra parte indubitato che il male, il quale può essere per sè stesso, non possa reggere al paragone del danno immenso sociale che verrebbe dall'affermare od indagare giuridicamente una paternità riprovata dalla pubblica coscienza.

Ma si obbietta, quale che esso sia il rigore della legge in quanto al riconoscimento ed alle indagini, certo che la stessa legge non ha potuto fare a meno di cedere al principio umanitario e porgere ai figli di vietate unioni il mezzo come raggiungere la prestazione degli alimenti di cui ai tre numeri dell' art. 193, e così indirettamente, anche non volendo, ha dovuto ammettere che in tutti e tre i casi contemplati nei detti tre numeri vi sia egualmente la prova piena della figliazione, e di conseguenza quella valevole a constatare l'incapacità a succedere.

Ora del pari in questa parte il codice non ha fatto che seguire i precedenti legislativi e dottrinali in obbietto, che sono assolutamente contrari a tale assunto.

In vero: per quei codici che ammettendo il diritto agli alimenti non avevano però peculiari disposizioni circa il modo di farlo valere, si seguiva la comune dottrina per cui si potevano ottenere gli alimenti in parola sempre quando per forza di cose fosse già sorta la prova completa della filiazione, il che avveniva in risultato di qualche azione dalla stessa legge consentita, come nel caso di riconoscimento di paternità, di annullamento di matrimonio e via via, prova che poi per la sua indole propria doveva necessariamente condurre anche all'altro effetto dell'incapacità a succedere.

Il solo codice Albertino, per sentimento d'indulgenza aveva voluto largheggiare, e benchè l'indole della constatazione fosse ben diversa, aveva ammesso di potersi domandare gli alimenti anche nel caso che la figliazione fosse risultata da esplicite dichiarazioni scritte dei genitori.

Ma però sotto quel codice nessuno aveva mai pensato che da siffatte dichiarazioni potesse sorgere la prova dell'incapacità a succedere di colui a riguardo del quale si era voluto rendere meno dura la sorte.

E l'art. 193 dell'odierno cod., volendo disciplinare al solo fine della consecuzione degli alimenti le diverse prove a quest'uopo necessarie, volle altresì adottare nel suo n. 3, il temperamento del codice Albertino, ma ciò nei precisi termini come il temperamento medesimo già era stato inteso.

Non una parola vi ha che a tutt'altro scopo, eccetto quello degli alimenti, potesse servire l'equiparazione colle altre prove indicate nei n. 1 e 2: non una parola che le prove così equiparate potessero anche riguardare l'incapacità a succedere, dunque arbitrario e non legale è il voler dire che, sol perchè tra le medesime prove ve ne siano alcune da cui può desumersi l'incapacità predetta, il medesimo effetto debbono produrre quelle altre che, come si è visto, tengono al solo scopo di far conseguire gli alimenti al figlio che se ne voglia avvalere.

Ancorchè riprodotte al fine predetto le prove in parola in un medesimo articolo, esse conservano la loro peculiare efficacia, onde poi nulla di strano che in virtù di quelle menzionate nel n. 1 e 2, riesca, per l'indole loro propria detta innanzi, dimostrata appieno la figliazione coi suoi effetti rapporto all'incapacità a succedere, e nulla di strano invece che le dichiarazioni del n. 3 non possano condurre a conseguenze identiche.

Strano invece sarebbe stato, se la legge proclamando a capo del medesimo articolo l'assoluto divieto del riconoscimento e delle indagini, contraddicendosi, avesse voluto dare alle dichiarazioni dei genitori l'effetto di completa constatazione della filiazione.

Ma la legge in questa contraddizione non

è caduta, perchè, a bene intenderla, in quelle dichiarazioni dei genitori essa vede non più che un semplice elemento che ben vero non elimina il dubbio, ma che malgrado il divieto di scrutare oltre, resta sempre tale da dare addentellato all'obbligo degli alimenti, quando non fosse altro a titolo di punizione di coloro che le avessero inconsideratamente fatte. Ed ecco che, inteso così il disposto del n. 3 dell'art. 193, si evita la contraddizione: si lascia che i precetti sull'incapacità a succedere abbiano applicazione soltanto allorchè la prova piena non manchi, si fa omaggio alla regola d'interpretazione la quale non consente si converta in detrimento ciò che si è stimato conveniente stabilire in vantaggio dei nati da condannate unioni, e si esclude finalmente che altri, e non essi soli, com'è nella parola della legge, potessero approfittare delle risultanze di quelle dichiarazioni. Se sono stati questi i principî cui la Corte, pure ammettendo la esistenza delle dichiarazioni La Rosa circa la figliazione vietata, fece appello per ritenere le risultanze di tali dichiarazioni non valevoli ad escludere la Biondo e la Li Vecchi dalla successione di esso La Rosa testata in loro favore, la sentenza relativa anzichè censura, merita pieno plauso.

—

PALERMO, 21 marzo 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Pallone — *P. M.* Caruso = De Spuches c. Librino.

Il tribunale può concedere alla moglie l'autorizzazione giudiziale a sensi dell'art. 136 anche senza che sia sentito o citato il marito, se questi sia assenziente all'atto (1).

L'articolo 136 cod. civ. nel determinare, in relazione all'art. 134, i casi in cui si rende necessaria per la donna maritata l'autorizzazione del tribunale, premette che il marito deve essere sentito e citato a comparire in Camera di Consiglio, ma ciò naturalmente non importa che egli non possa far giungere al Collegio adìto le sue deduzioni e i suoi rilievi in obbietto, con tutt'altro legale mezzo che non sia la personale comparizione. Lo stesso art. 800 c. p. c. implicitamente s'ispira a questo concetto quando prescrive la citazione del marito per esporre i motivi del rifiuto.

Dunque allorchè, lungi di essere stata rifiutata l'autorizzazione dal marito, sia stata questa da lui impartita, e solo per contrarietà d'interessi non possa essere efficace, ed allorchè, essendo presupposta siffatta inefficacia, entrambi i coniugi d'accordo ricorrano al tribunale perchè impartisca esso l'autorizzazione, nell'uno e nell'altro caso, che sono ben diversi da quello del rifiuto, riuscirebbe per lo meno superfluo sentire ulteriormente il marito, ond'è che in tali casi subentra il disposto generale dell'articolo 778 il quale « inter volentes et consentientes » non esige contradditorio, e nemmeno una sentenza vera e propria, attesa la mancanza di una controversia da decidere tra marito e moglie.

(1) Cfr. da ultimo Cass. Firenze, 21 giugno 1900, in *Filangieri*, a. c., p. 53, col richiamo.

—

PALERMO, 21 febbraio 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Pitini — *P. M.* Gionfrida = Cesareo c. Macri.

Il divieto di alienazione apposto ad un legato d'usufrutto non ne esclude la pignorabilità.

La questione che presentavasi al giudice del merito era questa: Al terzo, creditore di un legatario dell'usufrutto, sottoposto alla condizione di non potersi questo alienare, si può opporre l'inalienabilità (imposta da una testatrice) dagli eredi sulla proprietà?

La condizione che si legge nel testamento di Francesca Pastore è concepita in questi termini: « L'usufrutto dei beni lasciati ai nipoti, figli e figlie dei due coniugi Pastore-Cesareo, sarà goduto da mio fratello Giovanni, padre dei medesimi, però questi non potrà alienare, ed in qualunque modo ipotecare il detto usufrutto, dappoichè il detto usufrutto è stato lasciato pel miglior decoro della famiglia, non avendo il detto mio fratello diritto alcuno di vincolarlo in alcun modo. Se questo caso si verificasse, in allora s'intende mio fratello decaduto, e nel diritto di goderne i figli del medesimo ».

Ora, stando alla trascritta clausola, la soluzione non può essere dubbia; poichè, per testuale disposizione dell'art. 1949 c. c., i beni del debitore sono la garentia comune dei suoi creditori. Nè vale nel caso concreto che gli eredi nella nuda proprietà oppongano il vincolo apposto nel testamento, titolo unico dal quale deriva al debitore il suo diritto all'usufrutto legatogli. Perocchè, data la regola, posta dall'articolo sopra menzionato, ciò che o per atto tra vivi, o per successione, o per legato, entra a far parte del patrimonio di un debitore, appunto perchè diventa di lui patrimonio, non può essere sottratto all'azione dei creditori.

Perchè ciò non si verificasse, occorrerebbe un vincolo di inalienabilità riconosciuto dalla legge, perchè la regola generale è la libera trasmissione dei beni, val quanto dire l'alienabilità degli stessi, e la eccezione non

potrebbe venire che dalla legge, come nel caso in cui un legato fosse fatto a titolo di alimenti, e che non è affatto il caso in ispecie.

I vincoli d'inalienabilità della proprietà cessarono colla moderna legislazione, e alla testatrice Francesca Pastore non poteva esser dato di vincolare l'usufrutto legato al fratello, sino a farne una parte *ab extra* del di lui patrimonio, siccome in contrario si vuole assumere.

Tutto ciò potrebbe dirsi, ove per poco si potesse ammettere che nel caso concreto si tratti di un vincolo d'inalienabilità propriamente detto. Però, se ben si guarda, la clausola stessa testamentaria che ora dà luogo alla lite, non è propriamente un vincolo di inalienabilità dell'usufrutto; è a dire piuttosto che sia un *precetto*, dato dalla testatrice al fratello, un *precetto* che si traduce nel senso di conservare l'usufrutto, ma per solo ed unico intento di un riguardo al *decoro* della famiglia.

Questo è, in altri termini, il significato della clausola testamentaria, che dà occasione alla lite, significato che informò il sistema della sentenza impugnata. Per il che, la clausola testamentaria in disamina, o si vuole tradurre in vincolo d'inalienabilità, e sarebbe illegale di fronte al terzo creditore; o si guarda per sè medesima e per la sua lettera, ed è un precetto dato dalla testatrice al fratello a solo fine di mantenere il decoro della famiglia col conservare l'usufrutto, e il *riguardo* alla famiglia non può diventare costitutivo di un diritto da contrapporre al diritto del terzo creditore.

Nè può obbiettarsi che qui si tratti di usufrutto legale; è vero invece che l'usufrutto in ispecie viene dal testamento.

Pertanto, essendo sostenuta la denunciata sentenza appunto dalle sopra esposte ragioni di decidere, non le si possono addebitare quelle censure enunciate nel primo mezzo del ricorso, mentre non si avvera che dogmaticamente, e senza accenno ai criteri di legge regolatori della materia, giudicò che la clausola testamentaria valeva soltanto per le alienazioni che volontariamente avesse potuto fare il legatario; non errò poi sulla indole e sulla natura giuridica dell'usufrutto in parola, quando affermò che non poteva ritenersi nè come alimentare, nè come usufrutto legale.

—

TORINO, 15 febbraio 1901 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Zamboni — *P. M.* Piroli = Parravicini c. Comune di Castione.

1. *Il diritto alla stabilità, acquisito dal medico condotto a sensi dell'art. 16 della legge 22 dicembre 1888, è subordinato alle esigenze del pubblico interesse ed a casi di forza maggiore* (1).

2. *La circostanza che la Giunta provinciale amministrativa abbia imposto al Comune di far parte di un consorzio sanitario, costituisce un caso di forza maggiore che permette al Comune di licenziare impunemente il medico condotto* (2).

3. *Il Comune non è in colpa per non aver ricorso all'autorità superiore contro l'imposizione della Giunta, se tutto dimostra in causa, per incensurabile apprezzamento del magistrato di merito, che l'imposto provvedimento era opportuno e legittimo* (3).

4. *Nemmeno può dirsi in colpa il Comune per non aver dato opera a che l'ufficio di medico consorziale venisse affidato al sanitario licenziato* (4).

(1-4) La sentenza 30 maggio 1900 della Corte di Milano, tenuta ferma con la presente, e quella 31 dicembre 1900 della stessa Suprema Corte di Torino, citata nel testo, si leggono in questo *Filangieri*, 1900, 777; 1901, 201, colle nostre note.

L'ultima di queste decisioni aveva fermato due massime: *a*) la costituzione coattiva di un consorzio sanitario è un motivo giustificato di licenziamento del medico in carica presso altro dei Comuni consorziati; *b*) il Comune è però in colpa, e quindi tenuto ai danni, se trascura di tentare i rimedi di legge contro la imposizione dell'autorità superiore. Nell'annotazione illustrativa delle controversie che la causa presentava al giudizio della Corte, noi plaudimmo alla pronunzia del magistrato supremo in quanto segnava, sulle precedenti, un indirizzo più equo e liberale nell'interpretazione dell'art. 16 della legge del 1888. Giustificammo però l'avviso, altra volta sostenuto (*Filangieri*, 1900, 76), che la costituzione coattiva di un consorzio non possa mai essere considerata, a termini della legge speciale, come un valido motivo di licenziamento del medico, e osservando che l'impunità del Comune pel licenziamento medesimo non saprebbe trovar fondamento se non nell'art. 1226 c. c., ci ponemmo il quesito se l'atto amministrativo ordinante il consorzio costituisse, di fronte al contratto di condotta passato fra medico e Comune, un caso di forza maggiore valido ad esonerare quest'ultimo dall'adempimento della propria obbligazione. Lodammo invece incondizionatamente la sentenza in quanto affermava che la *vis maior* non è conciliabile con la colpa di chi la invoca, e che colpa è pure l'omettere d'agire a tempo e luogo opportuno per evitare l'inadempienza contrattuale.

La decisione odierna conferma la prima massima, e, col medesimo raziocinio complesso e viziato di che ne parve di poter muovere appunto alla precedente, ammette che la costituzione coattiva del consorzio sia insieme un giustificato motivo di licenziamento e un caso di forza maggiore esonerante il Comune da ogni responsabilità per la mancata esecuzione del contratto. Preoccupata forse però della gravità della controversia e dello stridente contrasto tra un'affer-

Il ricorrente oppose contro la denunciata sentenza, coi tre mezzi proposti, varie censure che si riassumono nelle seguenti:

Che la Corte di merito dopo di avere accertato che il dottor Parravicini aveva, per l'art. 16 della legge 22 dic. 1888, acquistata la stabilità quale medico condotto del Comune di Castione Andevenno, erroneamente ha ritenuto che la costituzione di un consorzio sanitario importi di necessità il licenziamento del medico condotto, e sia un giusto motivo del licenziamento del dottor Parravicini. Che ad ogni modo per quanto la costituzione di un consorzio concerna l'interesse pubblico, dinanzi al quale deve cedere l'interesse privato, siccome però il dottor Parravicini aveva acquisito il diritto di essere conservato medico condotto a vita, questo suo diritto deve almeno essere rappresentato dall'equivalente economico dell'indennità, e che la costituzione del consorzio non costituisce un caso di forza maggiore, un *factum principis* avente i caratteri di *vis maior* agli effetti dell'art. 1226 c. c. Che del resto, siccome il concetto della forza maggiore importa il concetto dell'esclusione di ogni colpa da parte dell'obbligato, così nel concreto non può parlarsi di forza maggiore, perchè il Comune di Castione Andevenno è in colpa perchè non ha esperiti tutti i mezzi di reclamo per fare revocare il provvedimento della Giunta prov. amm., non ha resistito quanto poteva e doveva per impedire la costituzione del consorzio: ed è in colpa perchè non ha provveduto onde l'autorità amministrativa imponesse anche al Comune di Postalesio il dottor Parravicini quale medico consorziale, non essendo necessario che il nuovo medico consorziale sia sempre nominato d'accordo dalle rappresentanze dei due Comuni, perchè, in difetto di accordo, spetta al prefetto di intervenire per imporre il sanitario. Ed in base a ciò, si disse che dalla Corte di merito, la quale ha tali principî disconosciuto, ritenendo diversamente, furono violati gli art. 517 c. c.; 3, 12 disp. prel. c. c.; 1123, 1220, 1226 c. c. e 16 della legge sanitaria.

Ma le asserte violazioni, state già in parte abbandonate nella discussione avanti a questa Corte, non reggono.

Risulta in fatto che il dott. Parravicini, medico-condotto del Comune di Castione Andevenno, ebbe ad acquistare la stabilità in base all'art. 16 della legge 22 dic. 1888. Se non che gli art. 3 e 15 della stessa legge

---

mazione così recisa e il recentissimo giudicato dello stesso Supremo Collegio, la Corte, non appena formulato il principio, ha creduto di doverne attenuar la portata avvertendo: *a*) che la sentenza in causa Rossi contro Comune di Germignaga è basata sopra *circostanze di fatto ben diverse*; *b*) che nella specie ogni responsabilità è esclusa perchè il Comune di Castione Andevenno non ha mancato di fare opposizione alla proposta del prefetto e se non ha ricorso contro la delibera della Giunta amministrativa, non può dirsi che nel *concreto caso* sia in colpa, voltachè il provvedimento non era eccepibile perchè pienamente legale nella sostanza e nella forma, *come ebbe a ritenere la Corte di merito.*

Sembra adunque che la Corte sia ben lontana dal formulare una massima assoluta e che la sua decisione debba essere intesa soltanto come una sentenza di specie, punto contraddicendo al diverso principio poco innanzi proclamato: del che non potremmo negar lode al Supremo Collegio. Posto ciò, tutto si riduce a un giudizio di irresponsabilità per risultare dalle circostanze di fatto la mancanza di colpa da parte del Comune; e la critica di una decisione di questa natura non entra nel compito nostro.

Solo vogliamo osservare che il far dipendere la responsabilità del Comune dall'apprezzamento che il magistrato del merito ha potuto emettere intorno all'esito eventuale del giudizio amministrativo (nessun valore potendo attribuirsi alla circostanza che il ricorso del medico sia stato respinto, dappoichè ben più ampio e diverso campo sarebbe aperto al reclamo del Comune), ne sembra criterio troppo spesso pericoloso e sempre poco giuridico. Poco giuridico, poichè l'apprezzamento emana da un'autorità che non ha competenza per valutare l'opportunità dell'atto amministrativo; pericoloso, perchè le parti in causa si trovano in condizioni di evidente disparità di fronte alla dimostrazione dell'opportunità medesima.

In un altro ordine di considerazioni, la Corte ha soggiunto poi non potersi « seriamente sostenere che il Comune sia in colpa per non aver provveduto onde venisse nominato medico consorziale il dott. Parravicini, per quanto ciò fosse consigliato da motivi di equità ». Ora, se anche non voglia ammettersi, come pure afferma il GIAVAZZI (*Mon. Trib.*, 1901, 141), che l'ufficio di medico consorziale, in caso di costituzione coattiva, *debba* spettare al medico divenuto stabile, non è meno vero che non sia risibile il ragionamento di chi ritiene che il Comune provveduto di medico stabile abbia diritto e dovere almeno di proporre che al disimpegno della condotta consorziale venga prescelto il proprio sanitario, come ne sembra di aver dimostrato a suo luogo (*Filangieri*, 1901, 201). I motivi di equità che, secondo la Corte, consigliano un tale procedimento divengono obblighi allorchè si tratti di giudicare se uno dei contraenti versi nella eccezionalissima condizione di infrangere impunemente un contratto, dappoichè i contratti, come dice chiaramente la legge, « debbono essere eseguiti di buona fede ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma ancora a tutte le conseguenze che secondo *l'equità*, l'uso e la legge ne derivano (articolo 1124 c. c.).

contemplano il caso che due o più Comuni, per condizioni economiche, per posizione topografica o pel numero esiguo degli abitanti si uniscano in Consorzio per assumere un unico medico-chirurgo; ed il dott. Parravicini non poteva non prevedere come possibile il caso che a tale associazione addivenissero nel loro interesse i due Comuni di Castione Andevenno e Postalesio, e doveva pure prevedere le relative conseguenze e cioè la soppressione del posto di medico condotto nel Comune di Castione, e quindi la decadenza dal posto del titolare, ed il licenziamento da parte del Comune.

E che la costituzione del consorzio tali conseguenze di necessità portasse, non può dubitarsi, perchè spetta alla rappresentanza dei Comuni consorziati, costituita a norma dell'art. 39 del reg. sanitario 9 ott. 1889, di divenire assieme, colle norme stabilite dalla legge e dal regolamento, alla nomina del medico consorziale con nuovi patti da approvarsi dalla rappresentanza dei Comuni stessi, in relazione alle esigenze del servizio, non potendo le rappresentanze dei Comuni consorziati che vengono a costituire un nuovo ente, essere vincolate in ordine alla scelta del medico consorziale dai rapporti giuridici proprî di uno dei Comuni, pel motivo che il primo effetto della costituzione di un consorzio è appunto quello di far cessare, rispetto al servizio sanitario, la singola personalità giuridica dei Comuni.

Ciò posto, verificatasi l'associazione in consorzio dei Comuni di Castione Andevenno e di Postalesio, il dott. Parravicini, a causa della conseguente soppressione del posto di medico condotto, è decaduto dal posto stesso, per effetto di quella legge che gli aveva accordata la stabilità; stabilità che, come è stato già altre volte ritenuto, non può essere intesa in termini così assoluti da resistere ad ogni precetto di ordine pubblico, essendo la sanzione del ricordato art. 16 circoscritta alle conseguenze degli altri diritti dalla stessa legge contemplati, disponendo lo stesso art. 16 che anche dopo decorso il triennio di prova può il medico condotto essere licenziato per giusti motivi.

A torto quindi si sostenne dal dott. Parravicini di essere stato ingiustamente licenziato, e tutta la questione si limita a vedere se il Comune di Castione Andevenno, come si pretende, sia tenuto a rifondere al dottore Parravicini i danni per l'avvenuto licenziamento.

La Corte di merito colla denunciata sentenza disse che ciò era da escludersi tanto in base al diritto pubblico, per costituire la formazione del consorzio un atto amministrativo emanato *iure imperii*, atto che non invade il diritto privato, per ciò solo che questo cessa col sorgere del diritto pubblico, quanto pei postulati del diritto privato in base agli art. 1225 e 1226 c. c., essendo il Comune di Castione Andevenno stato impedito di mantenere gli impegni assunti col medico condotto da forza maggiore, ed avendo il dott. Parravicini risentito un danno per una causa estranea, al Comune non imputabile.

E, così affermando, la Corte disse bene, perchè, a parte anche il conoscere degli effetti della prevalenza del diritto pubblico sul privato, e delle conseguenze di un atto emanato *iure imperii*, sta in modo indubbio che il Comune non ha potuto più oltre proseguire a mantenere gli impegni assunti col medico condotto, per un caso di forza maggiore, per modo da non essere tenuto, per l'art. 1226 c. c., ad alcun risarcimento dei danni.

Invero, per riconoscere che a favore del Comune concorrono gli estremi della forza maggiore, basta il dimostrare che esso si è trovato nella impossibilità di evitare la costituzione del consorzio, di cui il provvedimento della Giunta prov. amm. 3 febb. 1897; e ciò appare manifesto, ove si rifletta che il Comune di Castione Andevenno all'invito del prefetto della provincia di Cuneo, fatto con nota 17 giugno 1896, di provvedere per la costituzione del consorzio col Comune di Postalesio a termini dell'art. 15 della legge sanitaria, si rifiutò recisamente di addivenire a tale costituzione, e si fu per questo rifiuto che la Giunta prov. amm., al seguito del voto conforme del Consiglio prov. sanitario, riconosciuta la necessità del provvedimento colla accennata deliberazione 3 febb. 1897 ordinò in modo coattivo la costituzione del consorzio; e siccome sulla necessità del provvedimento nell'interesse pubblico e sulla legalità della costituzione non è stata sollevata eccezione alcuna, tali risultanze di fatto in causa accertate dimostrano che il Comune si è trovato nella impossibilità di evitare il consorzio, e che la sua coattiva costituzione il Comune l'ha contro sua volontà subìta per forza maggiore.

Non si disconosce ciò che disse il ricorrente, che cioè il concetto della forza maggiore importa il concetto della esclusione di ogni colpa da parte dell'obbligato, ma il ricorrente vuol trovare nel Comune delle colpe che non sussistono.

Il Comune aveva la facoltà e non l'obbligo di ricorrere contro la deliberazione della Giunta prov. amm. al Ministero ed al Consiglio di Stato, e se di questa facoltà non ha usato, non può dirsi che nel concreto caso sia in colpa, voltachè, come esso afferma e non può dubitarsi, qualsiasi ricorso sarebbe rimasto senza effetto, per essere il

provvedimento preso dalla Giunta prov. amm., per una costituzione coattiva del consorzio, di conformità al voto del Consiglio prov. sanitario, richiesto dalla necessità e pienamente legale tanto nella sostanza che nella forma, come ebbe a riconoscere anche la Corte di merito; necessità e legalità non contestate neppure dal dott. Parravicini, e voltachè il ricorso di esso dott. Parravicini contro la deliberazione del suo licenziamento è stato respinto con R. Decreto 9 marzo 1899, previo il voto del Consiglio di Stato e del Consiglio Superiore di sanità. — Con tale superiore deliberazione relativa ad un licenziamento che altro non fu che la conseguenza e l'effetto della costituzione del consorzio, si venne, implicitamente sì, ma necessariamente, a riconoscere la necessità e la legalità della costituzione del consorzio, causa unica del licenziamento, e perciò se il Comune potè dapprima ribellarsi all'invito del prefetto, col rifiutarsi di divenire alla costituzione del consorzio, qualunque ulteriore resistenza, dopo la sua costituzione coattiva, senza giovare al medico condotto, avrebbe recato danno ai comunisti, coll'incontrare maggiori spese con ricorsi inutili perchè infondati.

Così pure non si può seriamente sostenere che il Comune sia in colpa per non aver provveduto onde venisse nominato medico consorziale il dott. Parravicini; per quanto ciò fosse consigliato da motivi di equità, non per questo era un obbligo, non avendo il dott. Parravicini diritti acquisiti di fronte al consorzio, ed essendo cessato ogni rapporto giuridico fra il Comune di Castione Andevenno ed il dott. Parravicini dopo il licenziamento; e se dalle rappresentanze del consorzio si è preferito un altro medico, usarono di un loro diritto.

Del resto la Corte di merito ebbe già con un sovrano apprezzamento delle risultanze, incensurabile in Cassazione, degli atti, ad escludere nel Comune qualsiasi colpa, e ciò basterebbe per respingere senz'altro l'assunto del ricorrente; nè la sentenza di questa Suprema Corte, 31 dic. 1900, in causa Rossi contro Comune di Germignaga, dal ricorrente accennata, basata sopra circostanze di fatto ben diverse, può essere utilmente invocata in questo giudizio, e per ciò il ricorso deve respingersi, non senza osservarsi che, avendo la Corte di merito rigettate le istanze del dott. Parravicini anche in base all'articolo 1225 del codice civile, per avere cioè esso Parravicini risentito un danno per causa estranea, al Comune non imputabile, e non essendo stata questa parte della sentenza investita dal ricorso in Cassazione, non leggendosi ivi parola alcuna sulla violazione di detto articolo, così la sentenza anche per questo deve star ferma.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 11 febbraio 1901 — *Pres.* Mussita — *Est.* Bozzi — *P. M.* Mazza = Zuckermann c. Fallimento Bonis.

1. *Qualunque sia l'Amministrazione debitrice, la cessione di crediti verso lo Stato, per essere efficace contro i terzi, deve essere intimata al Direttore generale del Tesoro.*

2. *La massa dei creditori è un terzo a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1539 c. c., rispetto alla cessione di un credito, che dal fallito sia stata fatta prima del fallimento.*

Ridotti ai loro minori e veri termini, i concetti svolti dalla Corte di Torino nell'impugnata sentenza, si possono così riassumere:

La cessione del credito intervenuta tra Bonis e Zuckermann è a ritenersi fra esse parti contraenti valida, perfetta, non affetta da frode o presunzione di frode, per cui possa il curatore del fallimento chiederne la nullità a mente degli articoli 707 e segg. c. comm.: ma perchè la detta cessione abbia ad avere effetto riguardo ai terzi, è necessario, giusta quanto è sancito all'art. 1539 c. c., che la cessione sia stata regolarmente notificata al debitore, ovvero che questi abbia con atto autentico accettata la cessione stessa. Ora nel caso concreto debitore è lo Stato, al quale la cessione doveva essere notificata nei modi, colle forme ed alla persona tassativamente indicate all'art. 60 della legge 11 febbraio 1884 sull'amministrazione e contabilità generale dello Stato ed agli articoli 511 e seg. del relativo regolamento 4 maggio 1885; e poichè ciò non è avvenuto prima della dichiarazione del fallimento Bonis, la massa, e per essa il curatore, che si deve considerare terzo rispetto alla cessione, ha ragione di disconoscerla e di avocare a sè le somme tuttora dovute dallo Stato.

I mezzi di gravame proposti dalla Ditta Zuckermann se per l'ampio svolgimento loro dato dimostrano l'abilità, lo zelo e l'acume del patrocinante, non riescono però a combattere seriamente e vittoriosamente la denunciata sentenza. E difatti non è il caso di soffermarsi sulla generica e troppo abusata accusa di difetto di motivazione, perchè al relativo obbligo risponde sufficientemente e legalmente il magistrato del merito, quando proponendosi, come nella fattispecie, le vere questioni, eccezioni e specifiche difese spiegate dai contendenti, di esse si fa carico e dà esauriente ragione della sua pronuncia: mentre non può ritenersi al si-

curo obbligato a rispondere a tutte le argomentazioni svolte dalle parti a sostegno del rispettivo assunto, argomentazioni che sono implicitamente e necessariamente accolte o respinte, coi ragionamenti conformi o contrari addotti dal magistrato a giustificazione della sua pronuncia.

Le altre censure contenute nel primo mezzo del ricorso ben sintetizzate si riassumono a questo: Vero debitore ceduto, per effetto delle sentenze 20 marzo 1897 del tribunale, ed 8 febbraio 1898 della Corte d'appello, era e deve ritenersi essere sempre l'Amministrazione della guerra, rappresentata dal Genio militare di Torino; e ad essa, a termini dell'art. 1539 c. c., doveva essere, come lo fu, notificata la cessione. La Corte di Torino coll'aver detto che debitore era lo Stato, e che la notifica doveva seguire colle norme di cui ai citati disposti della legge e del regolamento sull'Amministrazione e contabilità generale dello Stato, ha violata la cosa dell'art. 1539 c. c. e falsamente applicate le altre disposizioni della citata legge e regolamento, non avvertendo come queste siano di ordine puramente interno, stabilite nell'interesse dell'Amministrazione.

La tesi così propugnata dalla ricorrente ditta Zuckermann si basa evidentemente su un erroneo concetto della personalità giuridica dello Stato, nel ritenere cioè che l'Amministrazione della guerra, in confronto della quale furono pronunciate le sentenze 20 maro 1897 ed 8 febb. 1898, sia una entità giuridica distinta, separata, indipendente, per capacità e diritti patrimoniali, dallo Stato. Ma ciò non è, imperocchè se lo Stato per lo svolgimento politico, economico ed amministrativo è costretto a ripartire fra vari ministeri od uffici la trattazione dei differenti complicati servizi pubblici, e se codesti ministeri od uffici, codeste *stationes fisci*, sono nelle rispettive Amministrazioni e responsabilità l'una dall'altra indipendenti, tutte però rappresentano un ente giuridico, lo Stato, il suo patrimonio, il suo bilancio.

Infatti, indipendentemente dalla legge sull'Amministrazione e contabilità generale, il codice civile nelle varie sue disposizioni accenna sempre allo Stato, non mai alle diverse branche, ai diversi dicasteri per mezzo dei quali l'ente Stato esplica la sua personalità. Ben a ragione quindi, senza violare alcun principio di cosa giudicata, la sentenza denunciata disse e ritenne che nel caso concreto debitore ceduto era lo Stato; e, ciò posto, rettamente la sentenza medesima osservò che, per essere valida in confronto dei terzi la cessione, essa doveva essere notificata sì e come è prescritto dalla legge 17 febbraio 1884 (art. 60) e dal relativo regolamento 4 maggio 1885 (art. 511 e seg.) al direttore generale del Tesoro, unico vero rappresentante al riguardo dello Stato. Gli art. 61 della legge e 520 del regolamento, che la ricorrente invoca, anzichè suffragare la tesi da essa sostenuta, raffermano il principio sanzionato all'art. 60, e cioè che solo al direttore generale del tesoro possono essere utilmente e legalmente notificate le cessioni di somme dovute dallo Stato.

L'accennata legge sull'Amministrazione e contabilità dello Stato è d'interesse generale, e non solo di ordine interno; e tanto maggiormente di interesse generale sono le disposizioni che determinano da chi l'ente Stato. il suo bilancio, è legalmente rappresentato di fronte ai privati cittadini.

Non meno infondato del mezzo ora esaminato, si presenta il secondo. Col medesimo la ricorrente sostiene: Il curatore del fallimento ha duplice qualità, e cioè di rappresentante del fallito e di rappresentante della massa dei creditori. Come rappresentante del fallito esso non è, nè può considerarsi terzo; egli, come succeduto al fallito Bonis, fa valere il credito a di costui favore riconosciuto dalla sentenza di condanna, credito già ceduto a Zuckermann, cessione che egli non può in alcun modo disconoscere od impugnare, come non lo avrebbe potuto il Bonis.

Quale rappresentante della massa, il curatore può avere la veste di *terzo* solo in quanto impugni la cessione per vizî intrinseci, nei casi previsti dagli art. 707 e segg. c. comm., che nella specie furono esclusi.

Errò quindi, si dice, la Corte di merito. nell'attribuire al curatore la veste di *terzo* cui potesse spettare ragione di opporre un vizio estrinseco, l'irregolarità della notifica della cessione.

Ben disse la Corte di Torino che i *terzi* di cui è parola all'art. 1539 c. c. sono coloro che, non intervenuti alla cessione, da essa rimangono lesi. I creditori del cedente hanno per virtù di legge una garanzia sul di lui patrimonio immobiliare e mobiliare, e tale garanzia sparirebbe o verrebbe meno sul credito ceduto. La notificazione della cessione prescritta dall'art. 1539 c. c. costituisce, rispetto ai terzi creditori del cedente, la perfetta e vera tradizione della cosa o del credito ceduto, che colla semplice stipulazione o consegna del titolo, non produceva effetto che solo fra le parti contraenti. Che poi la massa dei creditori. e per essa il curatore, sia *terzo*, non solamente quando impugna intrinsecamente un atto compiuto dal fallito, ma anche quando fa valere tutte le ragioni ed eccezioni, che pur riflettono l'intrinseco dell'atto, ne sostengono l'inefficacia, non si può seriamente porre in dubbio, se è vero che mandato precipuo del curatore è quello di salvaguardare il patrimonio del

fallito perchè sia devoluto ai creditori, di togliere quindi di mezzo tutti quegli atti e fatti diretti a sottrarre delle attività, a creare pegni o privilegi a favore di uno e a danno degli altri creditori. Rettamente quindi in relazione a tali principî la denunciata sentenza osservava che « la massa dei creditori e quindi chi la rappresenta giuridicamente, cioè il curatore, quando nella revisione delle operazioni fatte dal fallito, e specialmente nella verifica dei crediti, trova tali motivi da ritenere che uno di questi non possa essere ammesso fra i chirografari che sotto riserva, e quindi previa l'autorizzazione del giudice delegato, introdurre il giudizio per salvare all'attivo un credito che si pretende essere stato ceduto dal fallito ad altro per vantaggio proprio di esso fallito, e a danno degli altri di lui creditori, deve essere considerato come *terzo*, tanto più quando nessuno della massa intervenne all'atto di cessione.

Il che importa che il contratto relativo può essere attaccato dalla massa dei creditori non solo in base all'ultima parte dell'art. 709 c. comm., che stabilisce per la frode la presunzione *iuris*, salva la prova contraria, ma ben anco per le irregolarità di forma e per la nullità delle notificazioni desunte dalla legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato.

Riconosciuto così che una cessione, perchè sia valida in confronto dei terzi, deve essere notificata al debitore ceduto, che la massa dei creditori è terzo ed ha diritto di opporre il difetto della notificazione, e che in fatto il vero debitore — lo Stato — non fu notificato, cadono da sè tutte le argomentazioni o censure che la ricorrente volle svolgere in questo mezzo, richiamando i disposti degli art. 1234, 1538, 1539, 1948 e 1949 c. c.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

ROMA (Sez. Unite), 2 marzo 1901 — *Pres.* Rocco-Lauria — *Est.* Scillamà = Ferrovie secondarie della Sardegna c. Annedda-Pitzalis.

1. *L'autorità giudiziaria è incompetente a conoscere dell'azione promossa da un privato contro una Società ferroviaria, perchè questa abbia a tracciare una strada più comoda di quella tracciata in conformità del piano parcellare nell'interesse dei fondi ai quali interruppe l'accesso colla costruzione della ferrovia* (1).

2. *È invece di competenza dell'autorità giudiziaria conoscere dell'azione promossa dal privato contro la Società ferroviaria per risarcimento dei danni derivati al suo fondo in conseguenza del non essere stata la strada di accesso eseguita in conformità del piano parcellare* (2).

In omaggio al principio della retta separazione e delimitazione dei pubblici poteri, per cui tutto ciò che eccede dalla sfera del puro diritto privato e si connette alla vita e all'interesse generale della collettività, va logicamente sottratto alla competenza dell'autorità giudiziaria e demandato a quella dell'autorità amministrativa, il legislatore ha opportunamente sancito che rientrano nelle attribuzioni del Ministero dei LL. PP. le questioni relative alla costruzione, manutenzione, esercizio e polizia delle strade ferrate, concesse, come quella della specie, per legge (art. 1, 4, 209 della legge sui LL. PP.), nonchè delle opere accessorie di necessario coordinamento pel ristabilimento delle comunicazioni pubbliche e private, dei corsi d'acqua, delle vie di accesso, ecc., che dalla ferrovia rimanessero interrotte (art. 225, 229 citata legge).

Sfugge perciò siffatta speciale materia alla cognizione dell'autorità giudiziaria, perocchè altrimenti il suo giudizio verrebbe ad implicare un sindacato degli atti dell'autorità amministrativa, incompatibile con l'autonomo funzionamento e con la incensurabile esplicazione dei due poteri. Dal quale fondamentale principio consegue che non è data al privato azione civilmente esperibile per variazioni o modificazioni nella relativa esecuzione, sia della linea ferroviaria, che delle opere di completamento ; essendo delle attinenti questioni solo giudice competente l'autorità amministrativa. Se un'azione giudiziaria in simili riscontri può sorgere in favore del privato, è solo allora che, occasionalmente a siffatte operazioni, si avveri una lesione del suo diritto di proprietà, ed in tal caso è ovvio, che trattandosi della lesione di un diritto civile, rientra la competenza del magistrato ordinario. Insomma, è di competenza dell'autorità amministrativa la formazione ed approvazione dei progetti, la costruzione, manutenzione, ecc., delle ferrovie, nonchè delle adiacenti strade di comunicazione e di accesso, che formano un tutto organico con l'opera principale, comechè una ferrovia è sempre un'opera rilevante e complessa, la quale include non solo il tracciato della linea ferrata, ma ben pure quella serie di lavori accessori, di vie di accesso e di comunicazione, ecc., che in

(1-2) Cfr. da ultimo stessa Corte, 29 marzo 1898, Medici c. Siciliani (*Foro ital.*, 1898, 1, 784); 28 gennaio 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, 261); 7 ottobre 1895, Società ferrovie italiane, Rete Adriatica c. Cocco (*Giurisprud. ital.*, 1895, 1, 888). — Lion, *Trattato sulla legislazione dei lavori pubblici*, vol. II, p. 567.

dipendenza ed in relazione dell'opera principale sono necessarie e nel relativo piano previste. Soltanto l'autorità amministrativa possiede quel complesso di nozioni tecniche e tiene a sua disposizione tutti quei mezzi necessari, che la mettono in grado di potere statuire con piena cognizione di causa sulle relative controversie.

È di competenza dell'autorità giudiziaria tutto quanto attiene alla legalità della dichiarazione di pubblica utilità, per far luogo all'espropriazione; tutto ciò che concerne la determinazione e liquidazione della giusta indennità, la rivendicazione di quanto dal decreto di espropriazione è colpito; il ristoro di un danno qualsiasi, prodotto ad un fondo dalla esecuzione di una ferrovia, ed altre consimili questioni, involventi un diritto civile. Ora, nella specie, eccede evidentemente dai poteri del magistrato ordinario l'ordine dato dal pretore, e poi confermato dal tribunale, alla Società costruttrice delle ferrovie sarde, di formare un'altra strada di comunicazione alla parte superiore del fondo Annedda, più comoda e carreggiabile, di quella già eseguita in base al piano parcellare, ritenendo quest'ultima non del tutto rispondente alla bisogna.

A ciò non si estende il potere dell'autorità giudiziaria, la quale non può entrare a vedere in qual modo siano state eseguite le strade di comunicazione o di accesso, costruite in seguito all'impianto di una ferrovia, e contemplate dal relativo piano regolatore; non ha elementi per giudicare e decidere se in una forma o nell' altra andava meglio costruita la strada che immette alla proprietà del privato; e se e quando debba dirsi più o men comoda e soddisfacente allo scopo. Ed « a fortiori » non può il magistrato, come ha fatto il tribunale col confermare in questa parte la sentenza pretoria, ordinare un'opera nuova in relazione alla strada ferrata, che venga a modificare ed alterare il piano regolatore, e diversa da quella, che, in base al relativo progetto autorizzato dalla competente autorità, e senza opposizione degli interessati, trovasi di già costruita.

E più grave ancora è lo sconfinamento fatto nella specie dal magistrato, nell'aver dato facoltà al privato di costruire egli stesso l'opera pubblica, qual'è la strada in questione, ove, entro un dato termine, non lo sia dalla società ferroviaria.

Ond'è, che dal discorso punto di vista, manifesta è l'incompetenza dell'autorità giudiziaria, e conseguentemente l'errore, in cui la denunziata sentenza è incorsa. Che se, come si assume dall'Annedda Pitzalis, una deteriorazione o nocumento è derivato la suo fondo dall'avere la Società costruita la strada di comunicazione in parola in disformità al piano parcellare, avendola invece formata in modo diverso da quello in progetto stabilito, e che da tale inadempienza egli ne risente un danno, non potrà certamente in tal caso negarglisi un equo indennizzo, in relazione analogica all' articolo 46 della legge sulla espropriazione forzata per causa di pubblica utilità, ove però un danno sia effettivamente constatato, che abbia per causa l'opera pubblica, così com'è stata compinta, e cioè, che l'opera stia al danno in rapporto da causa ad effetto.

È chiaro che nella configurata ipotesi si avvera la lesione di un diritto civile, cioè la menomazione economica del valore del fondo, cosicchè la questione che ne sorge è evidentemente una questione di diritto privato, vertente sull'*id quod interest*, derivante dalla diminuzione prodotta al patrimonio del cittadino dall'opera pubblica. Basta così enunciarla per veder subito ch'essa è di indiscutibile competenza dell'autorità giudiziaria, la quale, senza punto entrare in giudizi ed apprezzamenti sull'entità o bontà dell'eseguita opera, senza poter punto ordinare delle variazioni e modificazioni all'opera stessa, il che altrimenti implicherebbe uno sconfinamento dai suoi poteri e un indebito sindacato degli atti della autorità amministrativa, ma, limitandosi a constatare il rapporto da causa ad effetto tra l'opera e il danno che da essa al fondo del privato deriva, avvisa al ristoro di cotesto danno nella misura del quanto di meno è il valore del fondo pel nocumento che dalla nuova opera viene a risentire.

E cotesto canone di ragione giuridica, che ormai ha il suffragio della costante giurisprudenza di questo Supremo Collegio, sembra che l'istesso tribunale cagliaritano ammetta e riconosca nella denunziata sentenza, ripetendo infatti, in più punti, che la Società ferroviaria avrebbe ragione, quante volte avesse dessa provato di avere costruito la via di comunicazione in discorso di conformità al piano parcellare; ma di ciò dubita il tribunale, di fronte al responso peritale. Cosicchè, in fondo, la questione di merito viene a trasformarsi in una semplice questione di prova, che il Collegio cagliaritano vorrebbe addossare alla Società ferroviaria, la quale invece vien sostenendo che l'onere di siffatta prova star deve a carico dell'avversa parte.

Ora assorgendo ai retti principî che governano il sistema probatorio, non può disconoscersi che fondato è l' assunto della ricorrente Società; imperocchè, se contro il « piano » non fu fatta, a suo tempo, opposizione e quindi fu accettato dall'Annedda

Pitzalis, presentandosi egli ora in veste di attore ed assumendo che il piano non è stato eseguito com'era previsto in progetto, deve di cotesto suo asserto dare la dimostrazione: « onus probandi incumbit ei qui dicit ».

Onde erroneamente il tribunale invertì l'onere della prova nell'addossare alla Società l'obbligo di provare di aver costruito la via in questione in conformità al piano parcellare.

Ed infine fondato è anche il lagno che accusa il tribunale di manifesta contraddizione, che risolvesi in mancanza di motivazione, nell'ammettere da una parte che tutto ciò che l'attore può pretendere è di ottenere la via di comunicazione in conformità al piano parcellare, e nel condannare poi la Società a costruire una via diversa da quella dal piano parcellare prescritta.

Pertanto, appalesandosi la denunciata sentenza viziata da parecchi errori giuridici, non può sfuggire all'annullamento invocato dal ricorso, con la pronunzia delle conseguenziali statuizioni, che sono per legge, in dipendenza ai vari capi della sentenza medesima.

Quindi la Corte, a Sezioni unite, dichiara l'incompetenza dell'autorità giudiziaria a conoscere del modo di costruzione della strada in questione; e quindi cassa, per questo primo capo, l'impugnata sentenza, senza rinvio. Dichiara poi la competenza dell'autorità giudiziaria a decidere della rispondenza della strada al piano parcellare.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

PALERMO, 10 gennaio 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Adragna — *P. M.* Gionfrida = Russo c. Comune di Terranova.

1. *La veste di cancelliere del conciliatore appartiene al solo segretario comunale, i cui sostituiti non possono accampare la qualità di vice-cancellieri* (1).

2. *Quindi convenutosi dal Comune col segretario comunale che a questo in compenso delle sue funzioni di cancelliere sia pagato uno stipendio contro abbandono al Comune dei diritti e proventi di cancelleria, i suoi sostituiti non hanno veste ad agire in proprio contro il Comune per ottenere che sia dichiarata la nullità di detta convenzione, comechè contraria alla legge* (2).

———

(1-2) In senso contrario, implicitamente, Cognetti de Martiis, *Cancelleria*, nella *Enciclopedia giuridica*, n. 40.

Ordinando logicamente i tre assunti della causa, l'assunto secondo diventa precipuo, anzi pregiudiziale, siccome quello che riflette l'ammissibilità dell'azione proposta, e che involge l'esame di vedere se ci sia un diritto a sperimentare nell'attuale ricorrente Russo.

Prima di esaminare, difatti, se gli emolumenti di una cancelleria di conciliazione possano incamerarsi da un Comune per privata convenzione fra questo e il cancelliere, che per legge, è lo stesso segretario comunale, occorre esaminare chi possa o debba impugnarla.

A ciò è subordinato ogni altro merito della causa e ogni altro assunto del ricorso, quello sulla natura giuridica degli emolumenti di una cancelleria di conciliazione, l'altro sull'ostacolo di fatto proprio e sull'acquiescenza, che furono le eccezioni opposte al Russo e che fecero anche obbietto della sentenza impugnata.

Sotto quest'aspetto occorre primamente un ricordo di ciò che è principio, d'altronde elementare, che cioè, come le convenzioni si dissolvono per mutuo consenso delle parti, ove questo non intervenga, si dissolvono per la impugnazione di chi l'ebbe a consentire. Ed è elementare quanto decisivo, nel caso concreto, codesto principio; perocchè, se convenzione ci ha sulle indennità od emolumenti dell'ufficio del conciliatore, questa intervenne fra il Comune ed il segretario comunale, che funge da cancelliere nell'ufficio medesimo. E se Russo non v'intervenne, nè poteva intervenirvi, e se non v'intervenne perchè non lo poteva neppure il di lui padre, al cui ufficio fu poi surrogato, è dunque a dire che l'impugnazione non poteva essere un diritto del ricorrente, ma potrà soltanto, se pure sia possibile, essere un diritto del segretario comunale, colla sua qualità accessoria di cancelliere della conciliazione, e che questi non ha sperimentato.

Il diritto a sciogliere un contratto per via d'impugnazione è di chi lo ha consentito.

Codesta conseguenza, che per sè sola vale a rimuovere l'azione in disamina, resiste alle due obbiezioni dell'assunto del ricorso, e che si risolvono nei seguenti termini, nell'obbiettare cioè l'art. 154 e 155 dell'ordinamento giudiziario, affermando sul fondamento del primo articolo che il ricorrente sia anch'esso un vice-cancelliere, e affermando sul fondamento del secondo articolo, che a lui spettino di conseguenza le indennità reclamate. Ma nè l'una nè l'altra obbiezione sussiste.

Non la prima, perchè nel Russo non altra qualità può riconoscersi che quella di un

semplice applicato al Comune di Terranova, la qualità di vice-cancelliere ch'egli si àttribuisce non gli viene da nessuna legge.

L'ordinamento giudiziario e gli art. 153 e 154 sono male invocati.

È piuttosto a porre mente all'art. 32 di esso ordinamento, e in questo è sancito che presso i conciliatori compiono le funzioni di cancellieri i segretari comunali, od i loro sostituti, il che evidentemente importa che è il solo segretario comunale colui che personifica tutto l'ufficio, e non vi sono riconosciuti vice-cancellieri, e quegli soltanto perciò può avere diritto ai proventi di cancelleria, coll'obbligo annesso di sopperire a tutte le spese a quell'ufficio inerenti, e lui solo potrebbe resistere alla deliberazione d'incameramento dei proventi del 3 dic. 1877.

Non vale dunque dire che il Russo la faceva da vice-cancelliere della conciliazione, perchè altro non rappresentava che il segretario comunale, di cui era un applicato, o al più un sostituto, potendo *ad libitum* ed a volontà del segretario venir cambiato con un altro impiegato comunale; e ciò è a ritenere quanto più si consideri che la legge sopravvenuta nel 1895 sull' ordinamento del 1865 commette l'ufficio di cancelliere della conciliazione al segretario comunale.

Ora, se era ed è il solo segretario comunale il vero cancelliere della conciliazione riconosciuto dalla legge con tutte le responsabilità a quell'ufficio attinenti, e se i suoi sostituti non sono che i di lui rappresentanti nella qualità di cancelliere della conciliazione, chiamati solo a sostituirlo nella qualità di cancelliere e nient'altro, a loro di certo non può appartenere un diritto che esce dall'orbita delle loro materiali funzioni di cancelliere, ed arrogarsi diritti che solo ed esclusivamente al segretario comunale appartengonsi, sfidare cioè, in giudizio il Comune, per fare annullare una deliberazione di esclusivo interesse del segretario comunale.

Da ciò ben si rileva come la Corte ebbe giustamente e legalmente a vedere nell'oggi ricorrente Russo un terzo, cui per legge era negata un'azione, solo conceduta al segretario comunale, il quale giammai ha mosso lagno contro la deliberazione del 1877; ed era il solo che avrebbe avuto diritto a fare annullare quella deliberazione. L'art. 154 non può dunque invocarsi, e la prima obbiezione non sussiste.

E non sussiste, molto meno, e per necessaria conseguenza, l'altro assunto, quanto alla percezione delle indennità e degli emolumenti, perchè questi sono esclusivamente devoluti al cancelliere, non all'impiegato comunale che per ragione di ripartizione di servizio può essere addetto a coadiuvare il segretario comunale nelle funzioni di cancelliere.

Ciò dispone difatti l'art. 23 della legge e del R. D. 26 dic. 1892 che approvò il regolamento per l'esecuzione della legge 16 luglio 1892.

E non puossi invece invocare l'art. 155 dell'ordinamento giudiziario del 1865, perchè tutto quanto in questo è disposto nel tit. IV riflette i cancellieri di Corte, di tribunale, di pretura, non mai dei conciliatori, siccome espressamente si legge nell'art. 152.

Riguardata così la causa, torna inutile, come fu sopra notato, l'interloquire sulle funzioni del cancelliere, sulla legittimità, o pur no, dell'incameramento delle indennità dell'ufficio di conciliazione.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 26 gennaio 1901 — *Pres.* Mussita — *Est.* Ostermann — *P. M.* Piroli = Russmann c. Ferralasco.

1. *L'art. 107 c. p. c.* ***esplica una semplice regola di competenza territoriale, in relazione ai casi di giurisdizione contemplati nei precedenti art. 105, 106*** (1).

2. ***La reciprocità*** *di cui di cui all'art. 105* ***n. 3 c. p. c. può risultare in qualunque modo dalla legislazione interna di uno Stato*** (2).

3. *L'art. 14 c. c. francese,* ***secondo cui lo straniero che contratta con un francese può essere convenuto senz'altro dinnanzi ai tribunali francesi, costituisce un caso di reciprocità agli effetti dell'art. 105 n. 3 c. p. c.*** (3).

4. *Perciò,* ***un francese che contratta con un italiano può essere convenuto senz'altro dinnanzi ai tribunali italiani*** (4).

Col I mezzo si sostiene che la Corte di Genova ritenendo la giurisdizione del magistrato italiano sulla Ditta ricorrente stabilita a Parigi abbia errato e violato la legge tanto nel riconoscere che la competenza del tribunale di Genova avesse fondamento nel disposto dell'art. 107 c. p. c., quanto perchè male applicò il principio della reciprocità stabilito dall'art. 105 n. 3. Il primo è fondato; non il secondo.

La Corte, partita dall'erroneo concetto che i casi di competenza verso gli stranieri oltrechè dagli art. 105 e 106, fossero stabiliti anche dall'art. 107, si credette dispensata dall'esaminare il punto di contesa concer-

———

(1-4) Cfr. GIANZANA, Introduzione al vol. III del cod. proc. civ. — LESSONA, *Man. di proc. civ.*, n. 90 pag. 96. — LUÈ, *Reciprocità*, nella *Enc. giur.*, pagina 327, n. 25. — Nella giurisprudenza, v. A. Genova, 12 e 16 febbraio 1885, in *Filangieri*, 1885, 2. 145, 537.

nente il « forum contractus » e il « forum destinatae solutionis », per vedere se la competenza, come sosteneva la Ditta attrice, avesse fondamento nel n. 2 dell'art. 105; e ritenne che a stabilire la giurisdizione dei tribunali italiani bastasse di per sè, e così indipendentemente dagli art. 105 e 106, la disposizione dell'art. 107. L'errore in cui cadde la Corte è manifesto.

Perchè tanto la lettera quanto la ragione delle disposizioni contenute nei tre articoli dimostrano all'evidenza che i due primi soltanto contengono i casi nei quali è attribuita ai magistrati del regno giurisdizione sullo straniero, mentre il terzo provvede per i casi in cui, pur spettando tale giurisdizione a termini dei due articoli precedenti, essi però non bastino a determinare specificamente quale delle autorità giudiziarie del regno debba essere adìta. La lettera, perchè solo gli art. 105 e 106, non così il 107, contengono la premessa che lo straniero può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno nei casi che poi vengano specificati; la ragione, perchè la indeterminatezza ora accennata avrebbe reso insufficienti le disposizioni riguardanti lo straniero contenute negli art. 105 e 106, qualora con una disposizione complementare, non attributiva della competenza, qual'è quella dello art. 107, non fossero stabiliti i criteri generici di distribuzione ai quali si dovesse far ricorso le quante volte, e solo a tale riguardo, cioè quanto alla sede da adirsi, le disposizioni degli art. 105 e 106 facessero difetto; mentre, d'altra parte, se la portata dell'articolo 107 fosse quella che vi fu attribuita dalla Corte, la precisa determinazione dei casi di competenza contenuti negli art. 105 e 106 sarebbe un non senso, perchè o contraddetta od in buona parte assorbita dalla generica disposizione dell'art. 107.

Invece la Corte rettamente giudicò quando, in applicazione del principio di reciprocità stabilito dall'art. 105 n. 3, ritenne competente il tribunale di Genova, siccome la Ditta convenuta ha sede in Parigi, e l'articolo 14 cod. Napol. dispone che il cittadino francese può chiamare innanzi alla autorità giudiziaria francese lo straniero che con esso abbia contrattato.

Dice la ricorrente che la reciprocità di cui parla l'art. 105 n. 3 non può essere basata che su trattati internazionali o su pratica osservanza di fatto; che quella dell'articolo 14 c. fr. è disposizione eccezionale disapplicata anche in Francia, e non è mai stata riconosciuta dalle nostre Corti in sede di delibazione; che questo solo basta perchè non si possa più parlare di reciprocità, mentre sarebbe invece ritorsione e rappresaglia, con aperto travisamento della intenzione del legislatore, cozzante con tutto il sistema di disposizioni favorevoli agli stranieri per cui si segnalò la nostra codificazione del 1865.

Ma è ovvio l'osservare che la disposizione dell'art. 105 n. 3 è precisa; accenna alla reciprocità senza esigere che essa debba risultare da un trattato internazionale; quindi è dovere del magistrato di applicarla, quando in fatto ne riconosca il concorso degli estremi in base all'esplicito disposto dell'articolo 105, indipendentemente da trattati o da altre disposizioni. Nè sussiste che l'articolo 14 cod. Napol. sia disapplicato anche in Francia; esso è in pieno vigore, non importando disapplicazione il fatto che appunto i trattatisti citati dalla Ditta ricorrente lo condannino come esorbitante dal diritto comune.

Nè tampoco vale l'obbiettare che le nostre Corti in sede di delibazione neghino l'esecutorietà alle sentenze francesi proferite in applicazione del detto articolo. Ora non si è in sede di delibazione, quindi la giurisprudenza invocata, che del resto non è concorde, non è in contraddizione con quella, pressochè concorde, e per parte di questo Supremo Collegio oramai costante, che riconosce la facoltà di invocare la reciprocità risultante dagli art. 105, n. 3, c. p. c. e 14 c. fr. per tradurre innanzi ai tribunali d'Italia in giudizio di cognizione i cittadini francesi.

Se il legislatore ha ritenuto necessario di mantenere in determinati casi il principio della reciprocità equivalente al diritto di ritorsione, sarà dovere del magistrato di applicarlo negli stessi limiti stabiliti dalla legge, ma non potrà mai disconoscerlo col pretesto che esso si discosti dai principî liberali ed innovatori cui, rispetto agli stranieri, sono informate le disposizioni del codice italiano.

La sentenza denunciata che ha ritenuto la competenza del tribunale di Genova per due distinti e indipendenti ordini di considerazioni, errato il primo, corretto il secondo, si regge quindi per questo, e il primo mezzo d'annullamento deve essere respinto.

—

ROMA (Sez. unite), 23 novembre 1900 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Scillamà = Vinciguerra c. Asilo Infantile di Panni.

1. *Anche i semplici salariati debbono ritenersi compresi nella categoria degli impiegati* (1).

(1-2) Correttissimo ne sembra il pareggiamento fatto dalla S. C. con la prima massima. Riguardo alla se-

2. *L'autorità giudiziaria non è competente a conoscere dell'azione promossa da un salariato comunale licenziato contro il Comune, quando il licenziamento sia stato dato per* ragioni disciplinari (2).

La parola *impiegati*, adoperata dell'articolo 1, n. 12 legge 1.° maggio 1890, avendo un ampio e generico significato, comprende evidentemente chiunque, per regolare nomina e con fissa retribuzione, disimpegni un ufficio, una mansione, un servizio qualsiasi alla dipendenza di alcuno degli enti ivi contemplati. Cosicchè la tutela della giustizia amministrativa, dal provvido legislatore con la citata disposizione accordata, deve intendersi estesa ad ogni specie e categoria di impiegati, dai più elevati ai più modesti, non escluso il personale di servizio, nella cui posizione trovasi appunto la ricorrente, come inserviente dell'Asilo infantile di Panni.

La distinzione tra impiegati e salariati, che vorrebbe introdurre la difesa del Comune per escludere la ricorrente, ritenendola come semplice salariata, dal diritto di adire la via amministrativa, non trova fondamento nella parola e tanto meno nello spirito della legge, la quale non apporta alcuna limitazione. Vuolsi inoltre aggiungere che, ove gli appartenenti a cotesta bassa classe di impiegati (commessi, inservienti, custodi e simili) fossero per motivi disciplinari intempestivamente licenziati dall'ente da cui dipendono, resterebbero sforniti di ogni tutela, sia giudiziaria, sia amministrativa, per poter reclamare contro il provvedimento che fosse per avventura ingiusto od arbitrario.

Ed invero, se, ritenendosi non compresi nella categoria degli impiegati, si dovesse da una parte precludere ai medesimi l'adito alla giurisdizione amministrativa, si dovrebbe d'altra parte ad essi nel contempo interdire la via all'autorità giudiziaria, perocchè sfugge alla competenza di quest'ultima il conoscere dei ricorsi per licenziamento o destituzione d'impiegati a cagione di motivi disciplinari, e conseguentemente verrebbero costoro a mancare, sia avanti al magistrato ordinario, sia avanti a quello amministrativo, di ogni protezione della legge, quando questa invece più sollecita ed efficace per la loro umile posizione dovrebbe soccorrerli.

Venendo poi alla questione di merito, se cioè di competenza dell'autorità giudiziaria o di quella amministrativa debba dirsi il ricorso sporto dalla Vinciguerra in ordine al suo licenziamento, osserva il Supremo Collegio risultare manifesto da tutto il contenuto della impugnata deliberazione, che il provvedimento della destituzione venne a carico della ricorrente adottato per motivi disciplinari, in vista della precedente di lei manchevole condotta.

Così essendo, la competenza a conoscere di un tale ricorso spetta evidentemente all'autorità amministrativa, come quella che trovasi fornita di quel complesso di cognizioni ed elementi che sono appunto necessari alla definizione di siffatte controversie. L'autorità giudiziaria è manifestamente incompetente ad apprezzare e statuire sul fondamento ed attendibilità di quei motivi di ordine puramente amministrativo, che hanno potuto determinare l'enunciata misura di rigore.

Soltanto, ove l'impugnativa del provvedimento sollevasse una questione che mettesse capo ad una condizione del capitolato o ad un patto qualsiasi contenuto nell'atto di nomina, venendo in tal caso a concretarsi un rapporto contrattuale o di indole civile tra l'Amministrazione e l'impiegato, la competenza spetterebbe senza dubbio al magistrato ordinario.

P. q. m., dichiara la competenza dell'autorità amministrativa.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

PALERMO, 19 aprile 1901 — *Pres.* Fois — *Est.* Gioia = Galati c. Agnese.

I frutti della dote non sono pignorabili nè sequestrabili da parte dei creditori particolari del marito (1).

La quistione assai antica dibattuta intorno alla sequestrabilità o meno dei frutti dotali durante il matrimonio da parte dei creditori del marito, ha corso il suo giro nel vario opinare della scuola e del foro: però dopo il pronunziato del Supremo Collegio di Roma a Sezioni unite, udienza 5 gennaio 1895, nella causa La Motta c. Lanza, che ammise il principio della insequestrabilità dei frutti dotali, la giurisprudenza delle

---

conda, v. in senso conforme, da ultimo, IV Sezione, 30 marzo 1900, in *Filangieri*, 1900, 798, col richiamo.

(1) In senso contrario, da ultimo, Cass. Palermo, 16 dicembre 1899 in *Filangieri*, 1900, 283, col richiamo. La sentenza della C. S. di Roma a sezioni unite, citata nel testo, si legge pure in questo periodico, 1895, 331. — Per la insequestrabilità dei frutti non ancora percetti, v. Cass. Torino, 21 maggio 1900, in *Filangieri*, 1900, 600. — Per la pignorabilità dei frutti dotali per debito d'imposta, v. Cass. Roma, 13 aprile 1901, in questo stesso fascicolo, pag. 599.

varie Corti, nonchè le Cassazioni sorelle, hanno posato lo stesso principio assoluto della insequestrabilità. In vero il concetto che nel romano diritto si aveva della dote, che si considerava sotto un certo rapporto nel dominio del marito, è stato l'origine della opinione per la sequestrabilità dei frutti dotali. Imperocchè si è ritenuto il marito usufruttuario sebbene sottoposto ad obblighi verso la famiglia, ma indipendente il diritto di usufrutto dall'adempimento di tali obblighi, senza alcun vincolo, e quindi per questa dottrina, trovando la via spianata, i creditori del marito potevano agire su tutti i beni del loro debitore, e sequestrare anche i frutti dotali.

Però siffatta opinione si allontanava e violava il sistema e lo spirito del diritto moderno sulla materia, perchè la dote non è più ritenuta una appartenenza del marito, ma invece una proprietà esclusiva della moglie, destinata ai bisogni della intera famiglia, e vincolata in suo favore. Il marito, secondo questa novella configurazione, non è nè padrone nè usufruttuario della dote, mentre di simiglianti qualità non s'incontra parola nel codice civile che valesse a giustificarlo. Anzi il tenore delle disposizioni in esso racchiuse mena ad una conseguenza affatto opposta, quando si è data la definizione all'art. 1388: « la dote consiste in quei beni che la moglie od altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio ». Posata questa destinazione havvi che l'art. 1405, proclamando in modo assoluto la inalienabilità, sia della dote, sia delle ragioni dotali, ci porge un sicuro argomento per inferire che simile divieto si estende pur anco ai frutti relativi, diversamente renderebbesi illusoria la disposizione, qualora il precetto legislativo si limitasse al solo capitale, il quale, vincolato nella sua produzione per fini diversi da quelli riferentisi ai bisogni morali e materiali della famiglia, non avrebbe più a raggiungere lo scopo, a cui per la volontà dei costituenti e pel provvedimento della legge veniva destinato.

Il savio legislatore, a garanzia della buona fede dei creditori, pur ha provveduto col cennato art. 1405 ove si volessero cedere le ragioni dotali, e a tale fine prescrive che validamente deve precedere il relativo consenso dei coniugi, dato durante il matrimonio, l'esame della utilità o necessità evidente, che giustifichi il detrimento delle ragioni o delle cose dotali, e il decreto permissivo profferito su codesto esame dal tribunale civile.

Nè questo è tutto, in una forma anche più esplicita è dato dedursi dall'art. 1399, dove al marito non si accorda che l'amministrazione della dote, come tale egli agisce contro i debitori della dote, ne riscuote i frutti e gli interessi, esige la restituzione dei capitali, così egli amministra non per sè, come usufruttuario, ma nell'interesse della famiglia, perchè realmente ad essa i frutti della dote appartengono. Se la inalienabilità della dote si voglia pur dire non estendersi ai frutti, ciò debbe intendersi nel senso, che di essi può disporsi appunto perchè destinati, giorno per giorno, a soddisfare i bisogni materiali e morali della famiglia, e per tale ragione sono alienabili per essa, lasciati a disposizione del marito, al quale, come capo della famiglia, spetta valersi dei mezzi che gli sono dati per tale scopo.

Il legislatore volle del marito fare un amministratore singolare, per la sua qualità di capo della famiglia che come marito e padre naturalmente prende in quell'amministrazione che serve alla famiglia, da non sorgere sospetto contro di lui, pel rispetto, che gli va dovuto.

Similmente per l'amministrazione tenuta dal marito dei beni parafernali, quando anche vi sia un mandato speciale a lui affidato, e non è stipulato l'obbligo del conto, egli ne è dispensato, e per questi beni non è dubbio che sia un amministratore (art. 1429 c. c.).

Ed è notevole che se per la disposizione dell'art. 1408, il marito, riguardo ai beni dotali, è tenuto a tutte le obbligazioni che sono a carico dell'usufruttuario, ciò senza dubbio, non lo costituisce usufruttuario, con i diritti dell'usufruttuario, ma rimane sempre amministratore, non usufruttuario, ma con gli obblighi di questo. La legge per i beni parafernali pure ripete simili disposizioni nell'art. 1431, il che sempre più conferma che egli sia un amministratore.

Questa disposizione anche più rivela che i frutti non siano di sua libera appartenenza, ma vincolati alla loro destinazione, cioè ai bisogni della famiglia, perchè la legge ha voluto limitare i suoi obblighi per salvare, oltre le spese di manutenzione e conservazione, i frutti restanti, che servono alla famiglia.

Quanto si è detto basta per ritenere che egli non può mai avere in mira un interesse proprio ed esclusivo, ma quello unicamente della società coniugale per adempiere così a tutti quei pesi che sono inerenti al matrimonio, i quali non sarebbero più tali se venissero trasportati fuori l'orbita della famiglia. Imperocchè sarebbe inutile per la famiglia il patrimonio dotale, con la custodia della inalienabilità, se potesse rimanere priva delle rendite a piacimento dei creditori del marito.

Sicchè non è possibile segregare la causa per cui il marito acquista i frutti della dote,

dalla disposizione arbitraria del diritto dei suoi creditori, che non hanno saputo premunirsi di quella garanzia che la legge appresta, ai termini dell'art. 1405 di sopra cennato, giacchè la causa finale che il marito fa suoi i frutti, è il mantenimento della famiglia « pro oneribus matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis esse », Leg. 20 C. lib. V tit. XII *De iure dotium.*

L'appellante sig. Galati ha creduto bellamente in difesa esporre argomenti in contrario, non accettabili in presenza di quanto ritiene ed ha ritenuto questa Corte in casi simili.

Nè cangia la condizione delle cose l'argomento che in contrario si deduce nella separazione della dote. Imperocchè, se per essa la moglie acquista la libera amministrazione della dote, nel tempo stesso per mandato di legge deve contribuire alle spese domestiche, od a quelle dell'educazione della prole, onde il lucro dotale ripiglia sott'altra forma la sua funzione. Se questi sono i principî, se la dote come proprietà è della moglie, se come frutto è della famiglia, se il marito non senza errore si potrebbe dire usufruttuario dei beni dotali, se non li amministra che per la famiglia, qual ragione, quale equità potrebbe introdurre una separazione tra frutti per la famiglia, e frutti pei creditori del marito; tra frutti necessari e frutti di supero? Che forse si costituisce un contabile nelle famiglie, per liquidare ciò che occorre al mantenimento di esse, e ciò che può destinarsi ai creditori, contabilità che per la natura delle cose, dovrebbe variare ogni anno, ogni mese, ogni giorno? Ecco le conseguenze dell'opinione contraria. O i frutti dotali « inhaerent oneribus matrimonii », e sono inseparabili dalla causa della dote; o sono estranei alla causa del matrimonio, e sono un lucro personale del marito, e saranno anche un profitto dei suoi creditori. Ma la conciliazione del diritto dei creditori del marito, col diritto della famiglia, ad essere sostenuta dai prodotti della dote, è impossibile.

—

GENOVA, 19 aprile 1901 — *Pres.* Ferrari — *Est.* Magenta = Nasi e altri c. Moscheni e altri.

A sensi dell'art. 1969 n. 5 c. c., gli onorari dovuti al difensore non sono compresi nelle spese della difesa (1).

La questione sta nel vedere se l'ultimo capoverso dell'art. 1969 del cod. civ. comprenda sotto la denominazione di spese della difesa gli onorari dei difensori.

Gli appellanti principali invocarono, oltre a pronunzie di magistrati, fra cui una recente della Suprema Corte di Roma, la relazione della Commissione senatoria sul progetto del terzo libro del cod. civ.; e nel senso da essi sostenuto è ancora più esplicita la relazione Pisanelli alla Camera dei deputati, ove si legge che l'ipoteca legale « venne mantenuta pel venditore, pel coerede, per la moglie, pei minori e interdetti, pei difensori, lo Stato e la parte civile » (art. 1969).

La Corte osserva che nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore.

Alla stregua di questi principî esaminato l'art. 1969 c. c., si scorge come per esso abbiano ipoteca legale il venditore, il coerede, il minore e l'interdetto, la moglie e lo Stato. Unicamente, quando si fa parola dell'ipoteca legale competente allo Stato sui beni del condannato o di colui contro il quale fu rilasciato mandato di cattura, la legge soggiunge che questa ipoteca giova anche alle parti civili pel risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna; ma non si accenna poi in alcun modo ad onorari o a difensori, soltanto è detto, in fine, che alle spese di giustizia e al risarcimento dei danni sono preferite quelle della difesa.

Dunque, anzitutto, sarebbe contrario alla interpretazione grammaticale, mentre il soggetto a cui si riferisce il n. 5 dell'art. 1969 (meno la parentesi relativa alla parte civile) è sempre lo Stato, il fare intervenire un terzo, cioè una impersonale difesa con un diritto di prelazione che può ridurre al nulla le ragioni dello Stato e della parte civile.

Ma s'indaghi quale fu l'intenzione del legislatore.

È conforme ad ogni regola di ermeneutica che le disposizioni di legge si interpretino le une colle altre e che quando una espressione può avere diversi significati, la si prenda nel senso tecnico, quale risulta cioè dal senso che le fu dato nella legge che specialmente regola la materia; oltrechè, quando una espressione può avere un significato più ampio ed uno più ristretto e si tratti, come nel caso, di disposizioni di legge in tema ipotecario, la si deve interpretare nel senso più ristretto, eccettochè, così interpretata, non potesse avere alcun effetto giuridico.

Ciò posto, trattandosi di materia penale e di spese in giudizio penale, è perfettamente logico ricercare nella relativa tariffa se vi si trovi la determinazione delle spese della difesa, che il codice civile non ha definito,

(1) In senso contrario Cass. Roma, 28 luglio 1900 (*Filangieri,* 1901, 136).

e se vi possa essere caso in cui lo Stato abbia dovuto farle.

Ora nel capo IX della tariffa penale, che s'intitola appunto delle spese per la difesa degli imputati ed accusati, è dall'art. 111 dichiarato che tali spese consistono nella lista dei testimoni, nella loro citazione e nell'indennità da accordarsi ai medesimi: e negli art. 3 e 112 della tariffa stessa è stabilito che tali spese debbano soddisfarsi o depositarsi dagli imputati od accusati, salvo il caso di ammissione al gratuito patrocinio, nella quale ipotesi saranno anticipate dall'erario.

Onde segue che nelle spese di difesa non vanno compresi gli onorari dei difensori, i quali infatti non vengono mai anticipati dall'erario, che nemmeno ha mai anticipato i diritti di cancelleria quando erano conservati, e non anticipa i diritti degli uscieri (art. 3 e 1, nn. 4 e 5 della tariffa).

Nè si dica che l'ipotesi di un'ammissione al gratuito patrocinio non è ammissibile quando l'imputato od accusato possegga beni immobili su cui lo Stato iscrisse la ipoteca legale; poichè la povertà è relativa; può trattarsi di patrimonio oberato, di un diritto di nuda proprietà, o di beni pervenuti all'imputato dopo la sentenza, quando le spese furono già anticipate dall'erario; in sostanza non è escluso che lo Stato abbia a valersi, in qualche circostanza, del diritto di preferenza di essi nell'ultimo capoverso dell'art. 1969, e ciò basta perchè non possa dirsi che l'interpretazione letterale di questo comma riesce a privarlo di ogni effetto.

Nemmeno può sostenersi che, con questa interpretazione, era inutile nominare specialmente le spese della difesa, e ciò perchè nel n. 9 dell'art. 1 della tariffa si comprendono, sotto la denominazione di spese di giustizia in materia penale, le spese fatte per la difesa nei limiti su ricordati; ora la ipoteca legale è attribuita allo Stato per la riscossione appunto delle spese di giustizia ripetibili; onde il pleonasmo, che non deve mai presumersi nella legge; imperocchè basta osservare in contrario che le spese della difesa hanno un diritto di preferenza sulle altre spese di giustizia, le quali concorrono senza distinzione col risarcimento dei danni aggiudicati alla parte civile; e volendo stabilire questa preferenza a favore dello Stato che abbia anticipato spese nell'interesse degli imputati, era necessario distinguere le spese della difesa dalle altre spese di giustizia.

Si sostiene pure che alla difesa dell'imputato è necessaria, per le nostre leggi, non meno l'opera del difensore, anzi più che non la deposizione di testimoni; ed è vero; ma non è necessaria l'assistenza di più di un avvocato, e può esser questo nominato d'ufficio (art. 274, 275, 276 c. p. p.). E quando l'imputato non si limita a scegliere un difensore, ma ne elegge parecchi e di grado e di luoghi diversi e lontani, fa cosa puramente volontaria; e se è giusto che la nobile loro opera venga compensata, non ne segue che possano giovarsi a ciò dell'ipoteca legale iscritta dallo Stato sui beni del condannato, mentre se il loro difeso fosse stato assolto, nessun privilegio potrebbero invocare pel pagamento dei loro onorari.

E infine, se dipende dall'arbitrio dell'imputato la scelta di un Collegio di difesa, è anche pressochè in sua balìa l'ammontare degli onorari, e sarebbe quindi possibile all'imputato rendere illusoria la garanzia ipotecaria dell'erario e della parte danneggiata. Ed invero, l'art. 204 della tariffa penale dispone che le somme dovute ai difensori per i loro onorari saranno da essi riscosse osservando le prescrizioni per le altre cause in materia civile. Ciò posto, o si osservi il disposto degli art. 294 e 295 della tariffa civile richiamata dal successivo art. 296, o si segua la procedura dell'art. 379 c. p. c., è sempre fra avvocato e cliente che il dibattito ha luogo, e se il cliente non ha interesse alcuno a contestare la domanda del patrono, la quale può essere in tutta buona fede esagerata, se non altro, perchè niuno è buon giudice in causa propria, ne viene che nessun riparo vi può fare il terzo, interessato invece a che gli onorari vengano ridotti alle più miti proporzioni.

Ripugna pertanto che sotto la locuzione « spese della difesa » possano comprendersi somme, a titolo di onorari, sconfinate e pel loro ammontare e pel numero degli aventi diritto; mentre nella legge stessa, che tace degli onorari, si credette necessario enunciare espressamente i diritti, ben più modesti, degli uffiziali giudiziari. Onde non resta, logicamente, altra soluzione che quella fondata sulla interpretazione letterale dell'art. 1969 c. c., cui la Corte avvisa di doversi attenere.

—

TRANI, 15 aprile 1901 — *Pres.* Perfumo — *Est.* Mannacio — D'Aversa c. D'Aversa.

I danni morali costituiscono titolo di risarcimento pecuniario **(1).**

Non è anzitutto attendibile, al fine di negare la liquidazione dei danni morali,

(1) Cfr. da ultimo Cass. Napoli, 15 settembre 1900, in questo *Filangieri*, 1901, 133 colla nota. — Sul grave tema si vegga il bel libro del MINOZZI, sul *Danno non patrimoniale* (Milano, 1901) e la recensione del CAVAGNARI, in *Filangieri*, a. c., p. 279.

la mancanza di specifica designazione da parte di chi li reclama, giacchè è nella natura dei danni medesimi l'impossibilità di specializzarli, e di dimostrarli al modo stesso dei materiali, pei quali, in quanto siano dimostrabili, la specificazione servirebbe a fissare i dati di fatto da provarsi.

E se è così, contro tal motivo di appello basta il ricordare che « aliquid viduae, vel liberis arbitrio iudicis solvendum est, » giacchè tale massima, che risale agli antichi interpreti del diritto romano, mentre designa il modo, mostra ancora quanto nuovo non sia il correttivo dell'altra; « vitae in libero homine aestimatio non fit. » Al riguardo, pur riconoscendo che importanza, pel contrasto delle opposte opinioni, abbia la disputa sulla risarcibilità o meno dei danni morali, a respingere la negativa, sorregge il concetto che non all'inestimabilità degli affetti come pur sarebbe della libertà e dell'onore e di tutto ciò che vive di spirituali soddisfazioni, guardati nella loro essenza, ma ai mali che l'offesa produce, bisogna attendere, per vedere se questi possono costituire danni valutabili. E sotto tale ordine di idee non puossi primieramente disconoscere che il dolore sia una sofferenza, e che come tale non limita i suoi effetti nel campo interiore, ma si ripercuote in quello dei sensi, con riflessi che soltanto l'innegabile rapporto tra il morale ed il fisico può nell'uomo spiegare; d'onde è che, come conseguenza del fatto illecito altrui, non meno che se venisse da diretta lesione all'umano organismo, la sofferenza medesima di pecuniaria riparazione deve dirsi capace. Nè ciò solo, perchè — se in tesi è indubitatamente pur vero che la perdita di care esistenze come quella della madre, acquista valore, per quanto attiene alla morale e civile educazione, che in ogni classe, spiega influenza ai fini di potersi procurare le utilità, che offre la vita sociale — nella specie, pure a prescindere da ciò, trascurabili non sono le privazioni, alle quali, in mancanza delle affettuose cure materne, i D'Aversa dovettero andare incontro, in misura tanto maggiore quanto più grandi erano i bisogni nella loro tenera età; privazioni che certo non sfuggono dai calcoli di valutazione pel risarcimento.

Però tutto vagliato, giusto si ravvisa anzichè aumentare la somma stabilita dal tribunale, come con l'appello incidente si sostiene, ridurla a lire 1000, cioè a lire 250 per ciascuno degli appellati in principale, escludendosi soltanto il Giuseppe, che in quest'ultimo stadio del giudizio vi ha fatto rinunzia, della quale bisogna prendere atto.

—

ROMA, 3 aprile 1900 — *Pres.* ed *Est.* Spaziani = Ricotti c. Mucci Simeoni e Mengoni.

1. *È valida la istituzione d'erede fatta in favore dell'*ultimo *nascituro di una persona vivente al tempo della morte del testatore* (1).

2. *Il testatore che istituisce erede il nascituro da una persona vivente al tempo della sua morte, può anche nominare un curatore speciale che provveda all'amministrazione dei beni ereditari fino a che il nascituro non abbia raggiunta l'età maggiore.*

È ritenuto dalla sentenza impugnata ed è concordato dalle parti in causa, che con testamento olografo in data 18 ottobre 1887, il conte Luigi Raimondo Ricotti il quale poi morì nel giorno 22 ottobre 1897, premessi alcuni legati di non piccola entità e premessa una dichiarazione relativa ai diritti della sua moglie superstite, istituiva eredi nella porzione legittima i suoi figli Adele e Marco, e del rimanente patrimonio disponeva come appresso:

« Istituisco erede generale ed universale di tutto ciò che posseggo e potrei possedere mobili, stabili, crediti, diritti, azioni, niente escluso, tranne le quote e disposizioni sopra espresse, l'ultimo figlio maschio nascituro del figlio Marco per legittimo matrimonio e in mancanza di figli maschi la figlia femmina minore nascitura del ridetto Marco sempre da legittimo matrimonio.

« Se da Marco non nascessero figli dell'uno o dell'altro sesso, in tal caso istituisco erede generale ed universale il figlio maschio minore nascituro dal matrimonio della mia figlia Adele ed in difetto di maschi la figlia minore, coll'obbligo per l'uno e per l'altra di aggiungere al proprio casato quello di Ricotti ».

Assegnava dopo ciò il testatore all'erede generale a titolo di prelegato parecchi mobili ed effetti e quindi soggiungeva: « Dal giorno della mia morte e finchè l'erede generale non avrà raggiunta l'età maggiore il mio patrimonio dovrà essere sottoposto all'amministrazione di un curatore speciale a sensi dell'art. 247 c. c. vigente. A questo ufficio di curatore speciale ed amministratore delle sostanze ereditarie devolute all'erede generale, chiamo e nomino fino da ora l'avvocato Felice Simeoni, e nel caso che il nominato non volesse o non potesse assumere ed adempiere l'incarico come sopra commessogli, in tali casi rimetto la nomina del curatore speciale all'Ill.mo sig. Presidente del tribunale di questa città. Assegno al

(1) Cfr. Pacifici-Mazzoni, *Successioni*, vol. II, n. 68, pag. 148; Losana, *Successioni testamentarie*, n. 81.

curatore speciale per suo emolumento mensile italiane lire cinquecento da pagargli posticipatamente di mese in mese oltre il rimborso di tutte le spese di amministrazione ».

« Il curatore speciale sarà tenuto di corrispondere ai fratelli e sorelle dell'erede generale, se vi saranno e quando avranno raggiunto la maggiore età, un assegno mensile vitalizio di italiane lire cento per ciascuno durante la loro vita, libero da ogni imposizione presente e futura. Questo stesso obbligo passerà e dovrà essere adempiuto dall'erede generale, entrato che sarà nel possesso delle sostanze ereditarie per avere compiuto l'età maggiore ».

Stabiliva quindi talune modalità relative all'esercizio della curatela ed infine disponeva : « Qualora niuno de' miei figli avesse successione, ed in una parola nè dall'uno nè dall'altra nascessero figli, intendo e voglio che la mia eredità spetti al Santo Padre Sommo Pontefice,..... sostituendolo ai miei nepoti non nati e che non poterono perciò essere miei eredi ».

La S. Sede emise rinunzia alla sostituzione scritta in suo favore. E gli eredi legittimari, vale a dire, pel conte Marco Ricotti il di lui tutore dott. Antonio Menclozzi e la contessa Adele Ricotti, ritenendo esser nulla e contraria alla legge la istituzione dell'erede universale ed in ogni caso essere infetta di nullità la nomina del curatore speciale deputato per l'amministrazione del patrimonio ereditario fino alla maggiore età dell'erede, chiesta ed ottenuta dal Presidente del tribunale la nomina di un curatore speciale pel nascituro istituito erede col suddetto testamento, nella persona dell'avvocato Roberto Mucci, convennero con atto di citazione del 9 e 12 maggio 1898, dinanzi al tribunale civile di Roma l'avv. Roberto Mucci nella predetta qualifica, l'avv. Felice Simeoni nella qualifica di esecutore testamentario e di curatore speciale amministratore del patrimonio ereditario nominato dal testatore, e l'ing. Cesare Mengoni Marinelli nella qualifica di esecutore testamentario, e chiesero che il tribunale adito dichiarasse la nullità delle disposizioni testamentarie del conte Luigi Raimondo Ricotti concernenti la istituzione dell'erede universale e la nomina del curatore ed amministratore dell'eredità, che dichiarasse l'eredità stessa devoluta per diritto di successione legittima ad essi attori figli dello stesso conte Luigi Raimondo Ricotti in parti uguali, salvi i diritti della vedova e le disposizioni a titolo particolare: che ordinasse all'avv. Felice Simeoni di rilasciare immediatamente il patrimonio ereditario da esso amministrato agli attori e di rendere il conto della tenuta amministrazione.

Siffatta domanda nel contradditorio delle parti fu dal tribunale di Roma respinta con sentenza 3 febb. 1899. Avverso tale sentenza gli attori hanno proposto il presente appello.

Le questioni sorte nella contestazione della lite attuale, discusse dalle parti, esaminate e decise dal tribunale ed ora proposte in secondo esame a questa Corte sono le seguene:

1.° Se sia valida la nomina dell'erede fatta dal testatore Ricotti nella porzione disponibile del suo patrimonio a favore dell'ultimo figlio non ancora concepito, nascituro dal figlio o dalla figlia di lui, viventi nel tempo della morte di esso testatore.

2.° Se valida essendo, potesse pur validamente nominare, come nominò, l'avv. Felice Simeoni curatore speciale ed amministratore dei beni della stessa porzione disponibile fino a quando l'erede come sopra istituito non pervenga all'età maggiore.

Dominante in ambedue le questioni è la regola veramente razionale dettata da Gaio alla legge 4 Dig. *qui testam. facere possunt et quemadmodum.* « Si quaeremus (sono parole del giureconsulto) an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus an is qui fecit testamentum habuerit testamentifactionem : deinde, si habuerit, requiremus an secundum regulas iuris civilis testatus sit ».

E poichè al conte Ricotti non si nega la « testamentifactio », così l'unica indagine è di vedere se egli « secundum regulas iuris » (ossia secondo il codice civile italiano) « testatus sit », quantunque col suo olografo abbia dato a conoscere la predilezione che aveva per la sostituzione fedecommessaria non più permessa (art. 899), e quantunque vi apparisca lo studio del testatore per giungere, senza varcarlo, all'estremo limite della facoltà dalla legge concessa, onde conservare il più lungamente possibile i beni alla sua discendenza.

Da queste osservazioni d'indole generale venendo alla questione in ispecie relativa alla istituzione dell'erede Ricotti nella porzione di cui egli poteva disporre, la regola « juris » d'aversi in considerazione è la eccezione apportata con l'art. 764 agli art. 724 e 830 c. c. it.; giacchè mentre con questi è stabilita la incapacità a succedere in coloro non ancora concepiti nel tempo dell'apertura della successione, ed è dichiarata la nullità del lascito fatto a favore di persona incerta in modo da non potere essere determinata, con quella, cioè l'art. 764, è stabilito in via di eccezione che possono ricevere per testamento e quindi possono essere nominati eredi i figli immediati di una determinata persona vivente nel tempo della

morte del testatore, quantunque non siano ancor concepiti.

Ora la nomina dell'erede Ricotti riunisce la condizione di questa eccezionale permissione, dunque la validità è legittimamente protetta.

Infatti nel giorno della morte del testatore erano viventi il figlio e la figlia di lui, dai quali per legittimo matrimonio, come egli volle, poteva nascere l'erede designato con la qualità personale di essere ultimo figlio dell'uno o dell'altra.

Per negarla gli appellanti dicono che il legislatore coll'aggiungere alla parola « figli » l'altra « immediati », abbia voluto che l'erede o gli eredi nascituri non ancor concepiti potessero essere quelli i quali, senza intermedia persona, venissero alla luce dalla determinata persona vivente nel tempo della morte del testatore, secondo l'ordine del nascimento, senza avere permesso di sopprimere e comunque invertire questo ordine di nascita, ed a sorreggere questo loro assunto richiamano i molti articoli del codice nei quali si trova la parola « figli » senza l'aggettivo « immediati ».

Ma siffatta interpretazione, mentre ha il vizio di aggiungere alla legge ciò che non vi si trova, si allontana dalla regola data coll'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice, sia perchè il significato proprio della parola « figli immediati » è quello di denotare, senza distinzione, i nati dai medesimi genitori, sia perchè è contraria all'intenzione del legislatore.

Per verità la parola « immediati » in senso filologico nulla aggiunge e nulla toglie al significato della parola stessa.

Che se volesse ricercarsi la ragione per cui solo nell'art. 764 fu aggiunta, la si troverebbe nella intenzione avuta dal legislatore di meglio limitare l'eccezionale disposizione di capacità a succedere ai soli discendenti di primo grado della determinata persona vivente nel tempo della morte del testatore, quantunque non ancora concepiti, e di meglio escludere dalla stessa disposizione i discendenti di grado ulteriore; la si troverebbe ancora nella intenzione di evitare che sotto il nome di figli venissero anche i nipoti, siccome nel linguaggio giuridico non è infrequente.

Abolite le sostituzioni fidecommissarie, la eccezionale disposizione dell'art. 764 doveva essere come fu veramente espressa in modo da impedire le istituzioni indirette e larvate di fedecommessi anche temporanei.

Lo stesso legislatore esprimendosi col numero plurale di « figli immediati » con ciò stesso ha dato libera facoltà al testatore di nominarli tutti eredi, o di scegliere fra questi il primo, l'intermedio, o l'ultimo: tutti complessivamente e singolarmente essendo stati dichiarati capaci a ricevere per testamento.

Già si è avvertito che l'art. 764 ha apportato in qualche modo una limitazione alla nullità della disposizione testamentaria fatta a favore di persona incerta. Ma è da osservare che la persona dell'erede Ricotti non è incerta in modo da non poter essere determinata, come è detto nell'art. 830. Essa può esservi, può divenire certa e determinata, allorquando sarà certo se e quale sia l'ultimo figlio del figlio o della figlia del testatore. Dovrà attendersi un tempo più o meno lungo, ma non manca la possibilità dell'accertamento.

Del resto nel caso dell'art. 764 se vi è incertezza della persona dell'erede, nei figli immediati non ancora concepiti, nascituri da una determinata persona vivente nel tempo della morte del testatore, la incertezza è uguale relativamente a tutti i non concepiti, sia il primo, sia l'intermedio, sia l'ultimo.

Ond'è che gli appellanti argomentando sulla incertezza e sull'aggravamento d'incertezza della persona dell'erede di Ricotti, pervengono ad annullare la disposizione contenuta nell'art. 764; la quale per quanto eccezionale fa parte della legge che oggi regola le successioni testamentarie in Italia, e perciò deve essere osservata dal magistrato che *secundum legem* e non *de lege* deve giudicare.

Bene ha osservato la sentenza impugnata che i figli di Marco e di Adele Ricotti non diventano eredi col nascere, e quindi la eredità non venga, a modo di fidecommesso, trasmessa dal primo al secondo nato e così di seguito fino all'ultimo che sia per nascere. Imperocchè il testamento Ricotti con chiamata diretta ha istituito unico erede l'ultimo figlio nascituro dal suo figlio Marco ed in mancanza il figlio minore nascituro dalla sua figlia Adele.

Dunque non trasmissione dall'uno all'altro nascituro, come per una serie di sostituzioni fidecommissarie, ma sospensione della delazione dell'eredità all'erede istituito, ed anche sospensione della consegna libera dei beni ereditari, finchè il medesimo erede non sia pervenuto alla maggiore età.

Si ha pertanto una condizione sospensiva apposta alla istituzione in erede, la quale non si verifica col solo fatto della nascita, ma si compie all'avverarsi dell'evento posto in condizione, cioè quando sia fatto certo che dalla determinata persona siano per legittimo matrimonio nati figli, e sia accertata la qualità di ultimo figlio, per la impossibilità della nascita di altro figlio dalla stessa determinata persona: « Sub conditione re-

licta, non statim sed cum conditio extiterit, deberi incipiunt, ideoque interim delegari non potuerunt ». Leg. 41 D. *de condit. et demonst.*

A sostenere che nella chiamata dell'erede il testamento Ricotti contenga una serie di sostituzioni fidecommissarie non giova il brano in cui egli scrisse: « Qualora niuno dei miei figli avesse successione, od in altre parole nè dall'uno nè dall'altra nascessero figli, intendo e voglio che la mia eredità spetti ed appartenga al S. Padre Sommo Pontefice con tutti i diritti relativi sostituendo così lo stesso Sommo Pontefice a senso dell'art. 895 c. c. ai miei nepoti non nati che non poterono per ciò essere eredi ».

La chiamata del Pontefice all'eredità anche essa è diretta ed è dipendente dalla sola condizione che manchi il primo istituito, quindi neppure essa contiene la sostituzione fedecommissaria, quella cioè per la quale è imposto all'erede o al legatario l'obbligo di conservare e restituire i beni ad una terza persona. Tanto ciò è vero, chè mancata per rinunzia la possibilità della devoluzione della eredità al Pontefice, è rimasta unica la nomina dell'erede a favore dell'ultimo figlio di Marco o di Adele, a tutto profitto della famiglia Ricotti, avendo i suddetti Marco ed Adele già conseguito come porzione legittima la metà dei beni ereditari.

Se le censure di ordine giuridico non valgono ad annullare la istituzione dell'erede Ricotti, perchè dessa come si è osservato è conforme alla facoltà concessa con l'art. 764, molto meno possono valere le censure in ordine morale per togliere la effettività alla volontà chiaramente espressa dal testatore che, senza essere sindacata, può essere stata ispirata da giuste ragioni.

Come in altri casi simili, ad esempio nel lascito di usufrutto, i desideri per avventura non soddisfatti e le dispiacenze debbono tacere, così gli appellanti Ricotti debbono non dolersi del testamento del loro parente, il quale ha voluto provvedere al patrimonio famigliare il più lungamente che gli fosse possibile.

Riconosciuto pertanto in risposta alla prima questione la validità dell'istituzione dell'erede, rimane la seconda che pone in dubbio la facoltà nel testatore, disponente a favore di un nascituro non ancora concepito, di provvedere intanto con la nomina di un curatore di sua fiducia all'amministrazione, alla conservazione ed anche all'incremento dei beni ereditari.

Ma ad affermare questa facoltà basterebbe osservare che dessa è pedissequa all'altra relativa e più ampia data dalla legge al testatore di disporre liberamente di una determinata porzione dei suoi beni, di disporne anche a favore di un nascituro da una determinata persona, quantunque non sia ancora concepito.

Se a questo può e vuole trasmettere direttamente la eredità, potrà ugualmente, come mezzo al fine, stabilire il modo onde gli pervenga intiera con tutti gli accessori. « Non debet cui plus licet, quod minus est non licere ». Ulpiano 21, *De regulis iuris.*

Avvertito di questa verità il testatore Ricotti così ordinava « dal giorno della mia morte e finchè l'erede generale non avrà raggiunto l'età maggiore, il mio patrimonio dovrà essere sottoposto all'amministrazione di un curatore speciale a sensi dell'art. 247 del codice vigente ».

Ed a tale ufficio nominava l'avv. Felice Simeoni dandogli alcune ordinazioni come quella di pagare esso, e dopo di lui l'erede, ogni mese cento lire a ciascun fratello ed a ciascuna sorella del medesimo erede, come l'altra di reimpiegare i sopravanzi delle rendite.

Per sopprimere questa parte di testamento gli appellanti così ragionano. L'art. 247, invocato dal testatore Ricotti che si riferisce alla istituzione in erede di un minore, non è applicabile al caso in esame che presenta la nomina in erede di un nascituro non ancora concepito. A questo invece provvede il combinato disposto degli art. 857, 858, 859 e 860 c. c., poichè l'ultimo di questi articoli estende al non concepito i provvedimenti dati con i tre precedenti, per i quali, durante la condizione sospensiva apposta o insita nella istituzione dell'erede, l'amministrazione dei beni ereditari è data al presunto erede legittimo, salvo che l'autorità giudiziaria per giusti motivi provveda altrimenti. Dunque, concludono gli appellanti, il nostro padre non poteva toglierci l'amministrazione dei beni della porzione disponibile, che egli volle assegnata all'ultimo nascituro dai nostri figli.

Ma i primi giudici, ripudiando tale ragionamento, in osservanza alla legge giustamente hanno fatto rispettare anche in questa parte la volontà del testatore Ricotti.

Imperocchè il legislatore quando con gli art. 857 e seg. ha regolato i lasciti testamentari sottoposti a condizione sospensiva, doveva pur prevedere, come ha preveduto, il caso in cui durante la sospensiva l'oggetto del lascito, senza il *dominus* attuale, potesse rimanere abbandonato e deteriorato col danno del chiamato dal testatore, e vi ha provvisto con i citati articoli. Con ciò non ha punto derogato o menomato la facoltà che con il precedente art. 247, già aveva concesso al testatore di provvedere nel modo che gli sembrasse migliore all'amministrazione dei beni sia per il tempo della minore

età dell'istituito, sia e maggiormente per il tempo anteriore alla nascita dell'istituito.

E non a caso si è usata la parola comparativa « maggiormente », imperocchè l'offesa che la facoltà concessa dall'art. 247, può recare alla patria podestà, è assai maggiore di quella che può aversi con la nomina di un curatore ed amministratore nel caso della istituzione di un erede nascituro non ancora concepito.

Però a ben considerare il fatto in ispecie l'amministratore fu dato non per ragione della persona dell'erede, che non esisteva nè nel giorno del testamento, nè in quello dell'apertura della successione, non per declinare dai diritti della patria podestà che neppure esisteva, ed avrebbe incominciato ad esistere allora quando fosse divenuta certa la esistenza dell' ultimogenito per la impossibilità di un ulteriore genito; ma fu dato ai beni, ai quali l'ultimogenito avrebbe acquistato il diritto, ossia alla *haereditas nondum adita*, la quale per finzione di diritto rappresenta la persona del defunto nel tempo anteriore all'adempimento della condizione (Leg. 31 Dig. *de haeredit. instit.*).

Rettamente quindi ha osservato la sentenza impugnata che la legge col permettere di istituire erede un nascituro non ancora concepito e di lasciare per conseguenza in sospeso, per un tempo dopo la morte del testatore, la proprietà dei beni ereditari, ha dovuto per ragione di coerenza permettere al medesimo testatore di provvedere all'amministrazione ed alla conservazione degli stessi beni fino a quando non ne avvenga il trapasso nel dominio dell'erede, senza impedirgli di protrarre l'amministrazione durante la minore età dell'istituito giusta il più volte citato art. 247.

E qui più evidente si rivela la fallacia della tesi sostenuta dagli appellanti, dappoichè dessa condurrebbe a questa erronea conclusione, che l'amministrazione ordinata dal testatore Ricotti, mentre dovrebbe essere osservata per il tempo della minorile età dell'istituito, dovrebbe essere ripudiata per il tempo anteriore in cui, non avendosi ancora la esistenza dell'erede, neppure potrebbe concepirsi la esistenza dei coeredi presupposti dall'art. 858 ai quali si riferisce il successivo art. 860.

Pertanto questa Corte, aderendo alla opinione adottata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonchè alle ragioni saviamente svolte nella sentenza impugnata, ritiene legittima e valida la nomina dell'amministratore fatta dal testatore Ricotti in ordine alla porzione dei suoi beni ereditari, la quale nomina è collegata con la istituzione dell'erede, pur essa riconosciuta valida.

—

TORINO (sede di rinvio), 20 marzo 1901 — *Pres.* Giusto — *Est.* De Giovannini — Farina c. Mazza.

Il termine ad appellare dalle sentenze rese nei giudizi di graduazione è sempre di quindici giorni, anche se si controverta sopra questioni di merito (1).

La sentenza del tribunale di Voghera del cui appello è questione venne ad istanza dell'Emilio Farina e della Opera Pia di Stradella notificata al Mazza per atto 13 sett. 1898, regolarmente, in persona del suo procuratore, in conformità di quanto è disposto nell'art. 725 c. p. c. Occorre ritenere che il Mazza ebbe solo ad appellarne coll'atto 11 nov. 1898, e così nel giorno cinquantesimo dall'avvenuta notificanza.

Ora dispone l'art. 725 preindicato che l'appello dalle sentenze nei giudizi di graduazione si deve proporre nei 15 giorni dalla notificazione di esse ai procuratori, per le parti comparse, ed essendosi nella specie la notificazione eseguita il 13 sett., e l'appello essendosi promosso l'11 novembre, tale termine non venne rispettato, ed all'appello del Mazza non può quindi aversi riguardo.

La parola di tale disposto di legge è chiara e non abbisogna di interpretazione, e lo spirito che la informa, quello cioè di sollecitare la decisione di tali giudizi in vista dei numerosi e molteplici interessi che si trovano in contrasto in simili pronuncie, assicura che tale disposizione era nella specie applicabile. Come osservò invero, ed a ragione, la Corte Suprema, la sentenza appellata era emanata in giudizio di graduazione, ed aveva tratto alla regolarità della liquidazione intervenuta in tale giudizio.

Come osservò la Corte stessa, l'art. 725 non fa distinzione tra questioni di forma e questioni di merito nello stabilire il termine di soli 15 giorni per l'appello, e dove la legge non distingue non è lecito al giudice il farlo, e non era perciò applicabile il principio prevalente in dottrina e giurisprudenza in ordine all'appello nei giudizi esecutivi contemplati negli art. 656, 703 c. p. c. che ammette tale distinzione.

Come osservò, se questi articoli potessero applicarsi ai giudizi di graduazione era inutile che il legislatore formolasse l'art. 725, e così infatti ritenne una costante giurisprudenza (Cass. Torino 2 aprile 1873; 9 luglio 1874; 9 marzo 1893; 22 febbraio 1895; Cass. Napoli 6 sett. 1898 (2); 21 aprile 1900; Cass. Fi-

(1) Cfr. Cass. Napoli, 6 settembre 1898 in *Filangieri*, 1899, 43, col richiamo. — In ordine all'appello nei giudizi esecutivi, v. da ultimo App. Milano, 17 aprile 1901, pure in questo *Filangieri*, a. c., pagina 540, col richiamo.

(2) V. la nota precedente.

renze 18 nov. 1896; Cass. Roma, 24 ag. 1896; 20 maggio 1897; 7 sett. 1898).

Giustamente quindi il Farina Emilio fa istanza perchè si dichiari irricevibile l'appello e passata in giudicato l'appellata sentenza, e così deve la Corte pronunciare, senza che le occorra soffermarsi ad esaminare le altre maggiori difese svoltesi pel Farina Emilio e le argomentazioni fattesi pel Mazza.

P. q. m., dichiara irricevibile l'appello proposto.

—

PALERMO, 15 marzo 1901 — *Pres.* Fois — *Est.* Bozzo = Vernaci *utrinque.*

1. *Per l'esistenza della divisione d'ascendente occorre che in essa sia stabilita una materiale distribuzione di beni e non un semplice riparto di quote* (1).

2. *Se nel testamento del padre sia inserta la clausola per cui i figli debbano accettare la composizione delle quote ereditarie quale sarà fatta dalla madre superstite, sotto pena di decadenza dalla disponibile in caso contrario, non incorre nella comminata decadenza il figlio che impugni l'assegnazione a lui fatta dalla madre asserendola inferiore alla quota fissatagli dal testatore.*

La divisione del padre di famiglia permessa dall'art. 1044 c. c., incarna l'antico principio giuridico dell'*arbitrium patris summum iudicium esto;* ma per la sua essenza è necessaria non solamente la divisione, abbisogna eziandio la distribuzione dei beni; perciocchè il fine di questa divisione eccezionale, è quello di prevenire i dissidi che spesso insorgono tra le famiglie; ora mancando la distribuzione o assegnazione dei beni, la discordia (sempre per quanto è possibile) non si evita, essendo, fra l'altro, assai frequente il caso che due o più dei figli preferiscano un cespite ereditario all'altro.

Nella presente causa non si ha la divisione e distribuzione dei beni fatta dal padre. Invero, Antonino Vernaci con il suo testamento pubblico del 17 agosto 1878, dopo avere disposto un legato a favore del figlio Melchiorre, istituì eredi universali i suoi quattro figli, cioè Melchiorre, Giuseppa, Maria e Rosaria; egli, in altri termini, divise il suo patrimonio in quattro parti eguali, escluso il fondo legato. E quanto poi alla distribuzione dei beni la delegò alla moglie, comminando la clausola del decadimento dalla quota disponibile a chi dei figli osasse impugnare il fatto della loro madre. Il testatore dunque impose l'opzione o di quietarsi alla distribuzione, o di doversi contentare della sola quota di riserva.

La madre intese eseguire l'incarico con l'assegnazione dei beni praticata mercè l'atto autentico del 25 ottobre 1886.

Da codesta singolare figura di fatto ne germina che il genitore stabilì la quantità del patrimonio dovuta a ciascun figlio, ma non fece la distribuzione dei beni, onde manca la divisione eccezionale del padre di famiglia riconosciuta dall'art. 1044 c. c.

La madre nell'eseguire la distribuzione

---

(1) Il Polacco (*Della div. operata da ascendenti*, ecc., n. 217) così riassume le ragioni in sostegno della teorica accolta dalla Corte, e che è dominante nella dottrina e nella giurisprudenza:

a) in primo luogo l'art. 1045 c. c. parla di divisione e di *distribuzione di beni;* e perchè vi sia *distribuzione di beni* non è sufficiente nè un semplice abbandono di sostanza, nè un riparto per semplici quote.

b) In secondo luogo, rimanendo la indivisione materiale dei beni tra i figli, scompare una delle ragioni per le quali incontrò maggior favore il nostro istituto: lo scopo di evitare le liti fra i condividionari.

c) Finalmente, ove si ammettesse la contraria teoria, sarebbe tolto al padre di poter disporre in vita fuori che con divisione d'ascendente, perchè anche nel caso in cui egli avesse fatta una semplice donazione in favore di uno o di alcuno dei figli, mancando ogni criterio per distinguere dalla divisione d'ascendente questa donazione, si avrebbe sempre contro di essa un argomento di nullità nell'articolo 1047 c. c.

Il Belotti, poi, in un recentissimo articolo: *La distrib. dei beni nella div. d'ascendenti* (*Mon. Trib.*, 1901, 521, giustamente rileva: « La divisione in genere ha lo scopo e la funzione di determinare *qualitativamente* le ragioni di un condividente, che prima siano state solo *quantitativamente* determinate mediante l'indicazione della quota: ha lo scopo e la funzione cioè di rendere concreta la quota e di conferire ad essa una esistenza — quasi diremmo — tangibile.

E ciò che è della divisione in genere, è anche della divisione d'ascendente in ispecie. A proposito della quale, si potrà discutere sul fondamento della potestà di materialmente distribuire i beni, dalla legge conferita al dividente, ma certamente nessuno potrà negare che la distribuzione materiale dei beni sia per sua natura elemento integrante dell'istituto.

Divisione senza distribuzione di beni pertanto non sarebbe concepibile per la natura medesima delle cose, allo stesso modo onde non sarebbe concepibile — per esempio — una vendita senza determinazione della cosa venduta.

Divisione e distribuzione di beni sono termini fra di loro non separabili, così che l'uno di essi non può sussistere senza l'altro.

dei beni commessagli dal marito era tenuta a rispettare la legge del testamento, nel senso di distribuire i cespiti in maniera corrispondente per valore alla quota del patrimonio ereditario assegnata dal *de cuius* a ciascun figlio, vale a dire, una quarta parte per uno, escluso il fondo legato a Melchiorre.

Pertanto, se, per avventura, la madre nel fare la distribuzione dei beni avesse violato la disposizione testamentaria, ben a ragione, chi se ne sente leso può impugnarla.

La clausola del decadimento dalla quota disponibile dettata dal padre di famiglia, forse si potrebbe applicare se alcuno dei figli si lagnasse semplicemente della distribuzione dei beni, se non accampasse anzitutto la violazione della legge testamentaria; ma Melchiorre Vernaci non impugna l'operato della madre per la distribuzione dei beni; egli si lamenta principalmente di non avere avuto la quantità del patrimonio paterno corrispondente alla quarta parte del valore; quale diritto gli compete per la volontà estrema dettata dal genitore, quale diritto era la madre obbligata a rispettare nel praticare la distribuzione de' beni.

Se Melchiorre Vernaci ha diritto alla quarta parte, oltre il fondo legatogli del patrimonio paterno, se la madre non poteva derogare la legge del testamento nell'attuare la distribuzione dei beni, se intanto la madre avesse violato quella legge, non assegnando a costui tale quantità di beni corrispondenti alla quota testamentaria, egli ha ragione a lamentarsene, e non può non accogliersi la domanda dell'appellante per la perizia di tutti i beni lasciati dal padre, come ancora, occorrendo, di un progetto di divisione, e tutto ciò senza incorrere nella penale stabilita dal padre.

—

TRANI, 13 febbraio 1901 — *Pres.* De Mari — *Est.* Notaristefano = Cosardi c. Barracchia.

Il marito ha un diritto prevalente su quello del fratello nella scelta del sepolcro per la moglie morta senza prole (1).

In mancanza di tassative disposizioni di legge la controversia (per l'art. 3) va risoluta con le norme che regolano casi analoghi e materie affini.

Ora il tribunale non dubita per un momento, nel conflitto fra la pretesa del fratello e quella del marito, di affermare il diritto di quest'ultimo.

Già non è inopportuno notare, in fatto, che, nella specie, non è l'affetto di famiglia che guida il fratello a rivendicare le ceneri della sorella. Infatti non è già che la salma sia deposta ove riposano le ossa dei genitori dell'estinta. No, dacchè quelle della madre giacciono nel Camposanto di Napoli e le ossa del padre non si accenna dove siano sepolte, ma certo non nella tomba che il convenuto ha costruito, tomba che non ha eretto per spontanea dimostrazione di affetto, ma per obbligo impostogli dal suo zio, morto a Torre del Greco, circa 15 anni or sono, e giusta il testamento aperto al 13 nov. 1886.

A parte queste considerazioni di fatto, che non mettono certo in buona vista l'operato del convenuto, a parte il modo clandestino da costui serbato, che è prova dei rancori verso il cognato, a parte dunque che qui

(1) V. in arg. NETRI, *Cadaveri e sepolcri* (Considerazioni giuridiche), Napoli, Pesole, 1897. — PRANZATARO, *Il diritto di sepolcro nella sua evoluzione storica e nelle sue attinenze col diritto moderno* (Torino, Unione tipogr. ed., 1895). — BORRÈ, *A chi spetti il diritto di scelta del modo e luogo della tumulazione del defunto, quando il defunto stesso non abbia lasciato in proposito disposizioni espresse* (*Foro ital.*, 1884, 1, 864), ecc. — Nella giurisprudenza italiana la questione fu risolta nei sensi della decisione su riferita (per quanto almeno a noi consta) una sola volta dal Tribunale di Napoli, 18 settembre 18[illegible], Gaudioso c. Fonaro (*Annali*, 1885, II, p. 36). — Fu poi deciso:

che per la scelta del sepolcro deve starsi anzitutto alla volontà del defunto, manifestata in un testamento (Trib. Milano, 4 febbraio 1895, in *Filangieri* 1895, 194): che la scelta medesima spetta in primo luogo agli eredi testamentari e poscia ai legittimi (A. Parma, 9 maggio 1882, in *Filangieri*, 1883, 2, 81 con nota del prof. SORGENTE); che essa appartiene invece a coloro i quali, o per prova data o per presunzione, hanno avuto col *de cuius* la maggior ragione di vincolo sociale (Trib. Vigevano, 18 dicembre 1893, Cotta-Ramusino *utrinque*, in *Mon. Trib.*, 1894, 93):

che nel caso di contrasto fra più figli non può il magistrato far rimuovere lo stato di cose attuale, nè concedere il trasporto della spoglia nel sepolcro dell'uno o dell'altro (Cass. Torino, 15 febbrraio [illegible] in *Mon. Trib.*, 1895, 621);

che nel silenzio della legge e in mancanza di [illegible] manifestazione espressa della volontà del *de cuius* appartiene sovranamente ai tribunali decidere a quale fra i membri della famiglia debba essere riconosciuto il diritto di fissare il modo e il luogo della sepoltura (Cass. francese, 23 gennaio 1899 in *Pasicrisie belge*, IV, 30).

Sul diritto del coniuge superstite a far rispettare la volontà del defunto riguardo alla destinazione di un sepolcreto, v., da ultimo, A. Napoli, 11 giugno 1900, con la dotta nota del prof. FADDA, in questo *Filangieri*, 1900, 701.

non v'è gara di affetti, ma puntiglio per odii verso la persona del marito, il quale nulla trascurò per la moglie sua fino al momento della morte, tanto da provocare quello che dopo in danno di lui si è praticato, a parte tutto ciò, non può certo dubitarsi in tesi giuridica che il diritto del marito nella scelta del sepolcro alla moglie morta senza figli e senza testamento sia prevalente a quello del fratello.

Invero la donna, passando a matrimonio, si stacca dalla famiglia d'origine, e secondo la sua normale destinazione apre una famiglia nuova, della quale è a capo insieme al marito. Essa segue la condizione civile di costui e non già quella del padre o del fratello. Assume il cognome di lui ed è obbligata ad accompagnarlo ovunque egli crede opportuno fissare la residenza (art. 131 c. c.).

Quand'anche fosse minore alla data del matrimonio, pure non rimane sotto la patria podestà. Questa cessa e la donna è di diritto emancipata (art. 310).

Ed ha per curatore non il padre od il fratello, ma il marito, e se anche costui sia minore ha per curatore il curatore di lui (articolo 345).

Divenuta moglie, per ossequio appunto all'autorità maritale, ha bisogno per certi determinati atti della vita civile della necessaria autorizzazione, ma deve invocare questa dal marito (art. 134 c. c.).

Se ha bisogno di protezione o di assistenza in qualunque manifestazione della vita fisica, civile, morale ed economica, deve cercarla anzitutto al marito (art. 132).

E costui è il primo tenuto alla somministrazione degli alimenti, i parenti del sangue vengono in via molto sussidiaria, il fratello specialmente è tenuto in sesto ordine, quando cioè la donna non possa averli nè dal marito, nè dai figli, nè dagli ascendenti, nè dal genero o nuora, nè dal suocero o dalla suocera (art. 142).

Ora se il matrimonio stabilisce una unione indissolubile da rendere comuni, oltrechè le gioie ed i dolori, ogni altro sentimento dell'animo umano, se con esso si forma una nuova famiglia, se per esso si sopprimono diversi rapporti giuridici che legavano la donna alla famiglia di origine, se in forza del medesimo il marito assume gli svariati obblighi di cui sopra verso la moglie, quand'anche da costei non nascessero figli, se è così, sarebbe antigiuridico che dopo di aver menato insieme l'intiera vita, dopo averle prodigate oltrechè cure, assistenze, protezioni, tuttociò che era necessario per vivere, sarebbe antigiuridico, ripetesi, che il marito non debba avere il diritto di scegliere per lei la sepoltura e solo allora debba sorgere il fratello a reclamare per sè quella facoltà, perchè si dice, *mors omnia solvit* e perchè il diritto di preferenza è legato all'ordine della successione legittima, la quale ha per base la presunta affezione di famiglia.

Obbiezioni codeste che, secondo il tribunale, non reggono, dacchè la morte, se scioglie il vincolo coniugale, scioglie pure il vincolo di parentela, che in vita legava il defunto ai suoi germani. Senza dire che, nonostante la morte del coniuge, rimane fermo per l'altro coniuge il vincolo di affinità ai sensi dell'art. 52 c. c., meno per qualche caso determinato dalla legge, come nell'ipotesi in cui si pretendano gli alimenti (art. 142 n. 2) dal suocero e dalla suocera, mentre la figlia di costoro è morta senza lasciare discendenti.

Per quello poi che concerne il diritto successorio, non si può dai beni argomentare in una questione che riguarda la persona.

Nulla dice che nella successione intestata dalla sposa senza figli, il marito prenda un terzo della eredità e gli altri due terzi vadano, in mancanza di ascendenti, ai fratelli e alle sorelle.

Non per questo coloro che raccolgono due terzi dei beni, hanno diritto a scegliere il sepolcro della defunta, costituendo essi, come dicono, la maggioranza dei partecipanti, la quale obbligherebbe anche i dissenzienti (articolo 678 c. c.).

Perchè altro è il diritto di comunione e di proprietà, altro è il diritto di scegliere la sepoltura.

Questo è un diritto eminentemente personale che va attribuito alla base delle norme che regolano il coniugio, in relazione cioè alle conseguenze che si possano trarre da uno stato di unione durato anni ed anni sullo scambio reciproco di amore e di affezione.

GENOVA, 25 gennaio 1901 — *Pres.* Borro — *Est.* Lago = Ditta Canevaro & Vecco c. Bisleri.

La revoca della sentenza dichiarativa del fallimento toglie ogni effetto alle sentenze precedentemente intervenute in confronto del curatore (1).

Assai seria è la questione se la sentenza 23 maggio 1898 di questa Corte intervenuta tra la ditta Canevaro & Vecco e il ragioniere Ghio, quale curatore del fallimento Bisleri, sia opponibile alla Bisleri che

---

(1) Questione nuova, a quanto ne consta, e, crediamo, rettamente decisa dalla sentenza che riferiamo.

non vi prese parte in modo da potersene chiedere l'esecuzione, a fronte della sentenza 14 sett. 1899 della Corte di Torino, la quale avrebbe revocato il suo fallimento, e posti nel nulla tutti gli atti eseguitisi a base della sentenza 7 dic. 1897 che ne lo dichiarava, e così tanto la nomina del curatore, quanto l'assunzione della curatela fatta dal Ghio, quanto la sua partecipazione al giudizio di appello promosso dalla ditta Canevaro & Vecco, quanto la sentenza che a quel giudizio pose termine.

Per la risoluzione di questa questione, che pare senza precedenti, si possono costrurre in dottrina due sistemi opposti, ciascuno dei quali può invocare in suo favore precise disposizioni di legge.

Il primo incomincia dal mettere in rilievo che nel nostro sistema legislativo la sentenza che dichiara il fallimento non è semplicemente un istituto di diritto privato introdotto per dar norma ai creditori ed al fallito, ma più specialmente è diretta a tutelare gli interessi collettivi e sociali del commercio in generale, e così è istituto di diritto pubblico sociale che deve produrre effetti immediati e assoluti duraturi fino a tanto che con altra sentenza non sia revocata la dichiarazione del fallimento. Tanto è ciò vero, soggiungono, che la sentenza che dichiara il fallimento è emessa secondo un regime speciale; non è neppure appellabile; e per gli art. 694, 696 e segg. c. comm. produce i suoi effetti tanto funzionali quanto personali contro il fallito e patrimoniali in favore dei creditori, *di pien diritto*, senza bisogno di altre pronunzie giudiziali, così che come il giudice delegato e il procuratore del Re pel procedimento penale, così il curatore sono per legge immessi nelle rispettive funzioni, e gli atti da loro compiti in conformità alla legge sono per loro stessi legittimi e definitivi.

È vero che contro la sentenza che dichiara il fallimento, l'art. 693 ammette l'opposizione del fallito e di ogni altro interessato entro i termini previsti, ma questa opposizione è di diritto puramente individuale, sia pel fallito perchè possa contraddire al suo fallimento, sia per gli altri perchè possano salvaguardare i loro rispettivi interessi, e come tale non può certamente avere efficacia a distruggere quello che appartiene all'universale diritto pubblico, come sono gli atti consumati da pubblici ufficiali in conformità alla legge e alla sentenza che li ha ordinati. Come conseguenza di tutto ciò ne avviene che la sentenza dichiarativa del fallimento produce i suoi effetti dalla sua data, come dalla sua data ha effetto quella che lo revoca e gli atti legittimamente compiuti nel tempo intermedio sono irretrattabili.

A questo sistema di risoluzione si è accostata la sentenza appellata, avendo opportunamente rilevata la confusione e la incertezza che ne seguirebbe qualora le funzioni del curatore si avessero a ritenere provvisorie e revocabili secondo che in giudizio di opposizione venisse confermata o revocata la sentenza dichiarativa di fallimento.

Il secondo sistema invece di risoluzione della questione è quello dedotto dalla difesa della Bisleri.

La stessa, partendo dall'alinea ultimo dell'art. 691, dice che la sentenza che dichiara il fallimento se non è appellabile è però sentenza solo provvisoriamente esecutiva; che l'opposizione del fallito apre un giudizio contradditoriale, e se non sospende senz'altro l'esecuzione della dichiarazione di fallimento, la conserva però solo provvisoriamente e a condizione che sia risoluta in ogni suo effetto nel caso in cui la sentenza venga revocata.

Fra le due teoriche la Corte trova ripugnanza ad aderire a quella accettata dal tribunale, siccome quella che è determinata unicamente dal senso pratico diretto ad eliminare gli inconvenienti che ne verrebbero nella procedura del fallimento, inconvenienti che sono sicuramente gravi, ma che non mancherebbero egualmente e forse sarebbero maggiori accettando la teoria contraria, la quale finirebbe coll'imporre ad una delle parti atti nei quali essa non fu rappresentato e che potrebbero talora rendere inutile la revoca e sostituire al legislatore il magistrato.

Non potendosi con questo mezzo risolvere la questione, la Corte crede essere più conforme allo spirito ed alla lettera della legge la seconda risoluzione, e che perciò la sentenza del tribunale debba essere riparata.

Non è esatto infatti che l'istituto del fallimento sia nella nostra legislazione un istituto più di diritto pubblico che di diritto privato; esso è regolato come la intera materia commerciale dal codice di commercio che è codice essenzialmente di diritto privato, giacchè la specialità che distingue il diritto commerciale dal diritto civile è la specialità inerente agli affari privati commerciali in generale, specialità che rende il diritto commerciale una branca del diritto civile privato, come una specie del genere.

E in questo concetto, se per gli art. 694 segg. la sentenza che dichiara il fallimento produce effetti immediati dalla sua data di pien diritto, li produce però non per sè stessa, per l'imperativo categorico inerente ad istituto di diritto pubblico, ma perchè dall'art. 691 è dichiarata provvisoriamente esecutiva.

Se contro questa sentenza non è concesso

il rimedio dell'appello, è però concesso il rimedio straordinario della opposizione, che è ben maggiormente efficace dell'appello, siccome quello che permette la rinnovazione dello stesso primo giudizio, giacchè, come risulta dal verbale 1.° febb. 1872 della Commissione incaricata di studiare le modificazioni del codice di commercio, l'opposizione di cui si tratta non costituisce un mezzo diverso da quello a cui si riferiscono le disposizioni del capo I, tit. V, libro I c. p. c., avente per iscopo di integrare il contraddittorio mancato al giudizio precedente impugnato dal fallito o dai terzi interessati, mentre d'altra parte la sentenza pronunciata nel giudizio d'opposizione è pur essa stessa soggetta a tutti i rimedi legali, nessuno escluso, siccome avvenne nella specie, e la esecutorietà provvisoria è appunto concessa dalla legge per dar completo sfogo legale al diritto di opposizione predetto (art. 705 cod. comm.).

A fronte di queste considerazioni, per quanto possa trasparire qualche antinomia tra l'art. 691 in quanto dichiara provvisoriamente esecutoria la sentenza dichiarativa del fallimento, e gli articoli successivi sia in quanto la dicono di pien diritto produttiva dei suoi effetti, sia in quanto ne ammettono la opposizione appellabile, antinomia che potrebbe lasciar sospettare che nello scrivere quegli articoli potesse non essere stato sempre presente alla mente del legislatore lo stesso pensiero, tuttavia è certo però che gli effetti della sentenza dichiarativa del fallimento per quanto immediati non sono però immediatamente definitivi, giacchè dipendendo dalla provvisoria esecuzione della sentenza stessa, possono essere revocati a norma delle leggi generali del diritto privato, con giudizio *ex tunc*, il quale li cancella fin dalla origine, cancellandone la causa, così che cessando la causa, che è la dichiarazione del fallimento, ne cessano tutti gli effetti e le funzioni; gli atti e sentenze pronunziate in contraddittorio del curatore devono ritenersi come non mai avvenuti, salva l'azione penale che espressamente è dalla legge dichiarata indipendente dall'azione civile.

Se è vero che la ditta Canevaro & Vecco aveva iniziato giudizio d'appello con citazione 30 nov. 1897 notificata alla Maria Bisleri in persona del suo procuratore Valle, e che per essa comparve a sostenere il giudizio il curatore del suo fallimento signor Ghio, la ditta Canevaro & Vecco però sbagliò nell'accettare il solo contraddittorio del curatore e non fare integrare il giudizio colla rinnovazione della citazione, e se la Bisleri si addattò a restare fuori del giudizio lasciandolo continuare contro il solo curatore, questa meglio provvide pel suo proprio interesse. Giacchè, a parte la considerazione che il curatore non avrebbe forse potuto rappresentare, nè la personale responsabilità del quasi delitto, nè l'intero interesse dell'erede beneficiato per l'eventuale supero di sua esclusiva spettanza, era notoria la pendenza del giudizio d'opposizione alla dichiarazione di fallimento, la stessa Ditta ha formalmente ammesso di aver conosciuto questa pendenza di giudizio: se il curatore Ghio era per legge chiamato a rappresentare il fallito nelle cause attive e passive (art. 699 c. comm.) riguardanti il fallimento, nulla avrebbe impedito che la ditta Canevaro & Vecco si fosse provveduta del contraddittorio personale del fallito reiterandone la citazione, onde la sentenza in qualsiasi eventualità facesse stato anche a riguardo della Bisleri.

Tutto ciò avendo trascurato la ditta Canevaro & Vecco, la sentenza 23 maggio 1898 di questa Corte è travolta nelle rovine cadute in seguito alla revoca del fallimento, e senza che sia il caso di esaminare gli altri mezzi subordinati di difesa della Bisleri, la sentenza dev'essere riparata colle spese di primo e secondo grado a carico della soccombente.

P. q. m., in riparazione della sent. 4 sett. 1900 del trib. di Genova, ecc.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

10 maggio 1901 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Bruni — Meli e Maggiore.

Non ha interesse a costituirsi parte civile il padre di donna imputata di procurato aborto su prole illegittima (1).

La Corte di Catania, con sentenza 4 novembre 1900, in seguito a rinnovazione del pubblico dibattimento di I istanza, dichiarò Teresa Pollicita colpevole di essersi, nel giugno 1895, procurato l'aborto mediante mezzi adoperati col suo consenso da persona ignota, col beneficio dell'età maggiore dei 18 e minore dei 21 e colla diminuente di aver agito per salvare il proprio onore.

Dichiarò D'Angelo Vito colpevole di concorso nel delitto commesso dall'ignota persona, per avere determinata la medesima a commetterlo.

Dichiarò la levatrice Meli Sebastiana ed il farmacista Maggiore Salvatore colpevoli di complicità nel delitto, di cui sopra, per avere la prima facilitata l'esecuzione e per avere l'altro dato istruzioni e somministrato agli autori del delitto i mezzi per eseguirlo, con le circostanze aggravanti di essere la prima levatrice ed il secondo farmacista.

Applicati quindi gli art. 381, 384, 386, 63, 64, 59 e 39 c. p. e l'art. 3 R. D. d'amnistia e condono 24 ott. 1896, condannò la Pollicita a mesi 2 di detenzione, il D'Angelo a mesi 27 di reclusione e la Meli e il Maggiore alla stessa pena per mesi 14 e giorni 15 per ciascuno, condannò tutti in solido alle spese del procedimento in favore dell'Erario dello Stato e condannò il Maggiore D'Angelo e la Meli solidalmente al risarcimento dei danni.

Regge invece il mezzo per violazione degli art. 109, 110 cod. proc. pen. in relazione agli art. 281 n. 4, 323, 640 detto codice per essersi ammesso Biagio Pollicita a costituirsi parte civile, perchè non era nè offeso nè danneggiato da quel reato.

Però, preliminarmente, è da osservare che il ricorrente erra nel sostenere che il Pollicita fu ammesso come parte civile per la prima volta in grado d'appello, invece sta in fatto che il Pollicita fin dal primo atto di querela si costituì parte civile nella qualità di padre e di esercente il diritto di patria podestà sulla figlia minore innanzi al tribunale, poi più chiaramente si disse che la costituzione di parte civile la faceva in nome proprio per vendicare come padre l'onta patita verso la figlia, la quale essendo minore, si costituiva anche nell'interesse di lei. Onde poi, sul gravame degli imputati, la Corte d'appello la escluse nell'interesse di questa e la ritenne valida nel nome proprio.

Ma la sentenza 26 aprile è erronea quando riconosce quel diritto del Pollicita, motivandolo solo con queste secche parole: « in un reato a carico della figlia deve giustamente considerarsi il padre persona offesa ». Ora questa presunzione generica di persona offesa desunta dal solo vincolo di sangue non basta, ma occorre che si guardi la natura del fatto per vedersi se possa dar luogo a risarcimento di danni, deve cioè mettersi in relazione il fatto colla persona che si dice da esso offesa o danneggiata. È questo che richiede l'art. 109 c. p. p. nel disporre: « ogni persona offesa o danneggiata da un reato può costituirsi parte civile ».

Ora questa indagine sulla causale, che è tutta un'indagine di diritto, non fu fatta, ed evidentemente non poteva ravvisarsi nel padre della Pollicita un offeso o danneggiato pel procurato aborto da lei voluto. Nessun danno risarcibile a lui personalmente poteva neppure ipoteticamente riconoscersi nè come danno morale nè per danno materiale. Non della prima specie, perchè l'offesa che erasi apportata all'onore della famiglia erasi consumata nella tresca, che la Teresa all'età di anni 20 aveva tenuta col D'Angelo, e l'aborto, che costituiva esclusivamente l'og-

(1) Relativamente all'interesse che occorre per potersi costituire parte civile, v. CASTORI, *Azioni derivanti dai reati*, nel *Compl. Tratt.* del COGLIOLO, t. II, p. IV, n. 39 segg.; BENEVOLO, *La parte civile*, n. 18.

getto dell'azione penale, nulla aveva a che fare coll'offesa all'onore, anzi erasi commesso appunto per covrire il disonore di quegli illeciti amori. E se offeso non poteva dirsi il Pollicita, meno ancora poteva dirsi danneggiato, perocchè dalla soppressione di quel feto nessuna conseguenza a lui ne derivò nè poteva derivarne, non essendovi per legge civile nessun rapporto ereditario o di successione tra il figlio naturale e l'avo. Il giudizio quindi celebrato con l'intervento della parte civile che non aveva qualità e diritto a starvi, deve ritenersi nullo, e perciò senza scendere all'esame degli altri mezzi sulla contraddizione in cui la sentenza è caduta e sull'esclusione di Teresa Pollicita dalla condanna del ristoro dei danni solidalmente con gli altri imputati, la sentenza col dibattimento deve essere cassata.

—

17 gennaio 1901 — *Pres.* Canonico — *Rel.* Triani = Sonzogno e Cappellaro.

1. *Non possono essere chiamate come civilmente responsabili nel processo penale se non le persone indicate nell'art. 1153 c. c.* (1).

2. *L'editore e il gerente di una società editrice non possono essere chiamati come civilmente responsabili nel processo per contraffazione e violazione di diritti d'autore intentato contro l'autore d'un libro pubblicato dalla loro casa editrice; ma l'azione civile in confronto di quelli va esercitata separatamente* (2).

Con ordinanza del giudice istruttore furono inviati a giudizio davanti al Tribunale di Milano Cappellaro Giuseppe quale imputato del reato preveduto e represso dagli art. 32 e 33 della legge sui diritti di autore 19 settembre 1882 per avere fatto pubblicare dalla Società editrice Edoardo Sonzogno un *Manuale dell'uomo industrioso*, che riproduceva gran parte di un libro del professore Lovera Giacomo, e Sonzogno Edoardo gerente della detta società, quale civilmente responsabile nello stesso reato. Il Tribunale di Milano, con sentenza del 25 novembre 1899, condannava il Cappellaro alla

---

(1-2) Cfr. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, p. 142 segg. — La sentenza 23 agosto 1895, citata nel testo della soprastesa decisione, è veramente notevole. Essa ha giudicato non essere consentito di chiamare in giudizio penale, come civilmente responsabili, gli amministratori di un comune pei reati commessi dal segretario comunale. Ecco le considerazioni principali di quel giudicato: « Dal delitto o quasi delitto sorge l'obbligo della riparazione del danno, il quale incombe non soltanto a colui che col fatto proprio arreca il danno, ma anche a certe categorie di persone, che la legge chiama a rispondere del fatto di un altro che produsse il danno. La ragione dell'obbligo si trova in ambo i casi nella colpa, nella negligenza o imprudenza, le quali possono aver luogo sia per fatto positivo, *in committendo*, *in eligendo*, sia per fatto negativo, *in omittendo;* ma una nota differenziale caratteristica tra i due casi (risarcimento dovuto per fatto proprio e risarcimento dovuto per fatto altrui) sta in ciò, che non si può chiamare alcuno a rispondere del fatto proprio, se non provi averlo egli commesso per colpa, negligenza o imprudenza: si ha invece il diritto alla riparazione del danno da chi la legge chiama a rispondere del fatto altrui, *presumendo* già in lui la negligenza, la omessa sorveglianza, la trascuranza nella scelta della persona. Da che dunque in questo secondo caso è la *presunzione* che si invoca contro colui, dal quale si chiede la riparazione del danno commesso dal terzo, è necessario che vi siano fra il terzo che reca il danno e colui che è tenuto a risarcirlo rapporti naturali o giuridici da rendere quest'ultimo obbligato alla diligenza, alla vigilanza, alla oculata scelta dell'altro: se così non fosse, sarebbe manifesta la irragionevolezza e la ingiustizia della legge. Ora, le categorie di persone che il nostro codice chiama a rispondere del fatto altrui in base a quella presunzione di cui sopra fu detto (salvo in taluni casi esse provino di avere un'eccezione a loro favore) sono indicate nell'art. 1153 e nell'art. 1867 cod. civ. senza parlare dei danni recati dagli animali e dalle cose (articoli 1154 e 1155): negli altri casi invece si risponde sì del danno per colpa aquiliana, ma si risponde per sè e per fatto proprio (articoli 1151 e 1152). Ciò premesso, si nota, che siccome l'art. 3 del cod. proc. pen. detta che l'azione civile cui può dar luogo il reato (art. 1) può esercitarsi contro le persone che la legge rende civilmente responsabili del fatto degli autori o complici del reato e siccome (vuolsi anche ripeterlo) la responsabilità di cotali persone non è creata dal reato, ma ad occasione di esso è attuata a produrre i suoi effetti, così segue che nel giudizio penale si possono chiamare come responsabili civili soltanto coloro che sono indicati nei suddetti articoli 1153, 1867 cod. civ. ».

Sulla questione osserva pure assai bene il FIOCCA (*Cass. Unica*, IV, p. 321 segg.): « Nessuno può dubitare che il tipografo abbia il dovere di vigilare sui lavori che i suoi operai compiono nella sua officina e che sia quindi tenuto a rispondere dei danni cagionati ai terzi nei suddetti lavori. Ma la questione non è qui, sibbene nel vedere se il risarcimento di codesto danno si possa domandare nelle *vie penali*, in un procedimento in cui il tipografo non figura, nè può figurare come imputato *ed in cui non può tampoco essere citato ad intervenire come persona civilmente responsabile*, in conformità dell'art. 549 del cod. proc. pen. ».

In senso contrario sembra andare il CAMPOLONGO, *Responsabili civilmente*, nella *Encicl. giur.*, n. 10; ma a torto, secondo il nostro modo di vedere.

multa di lire 200 come colpevole dell'ascrittogli reato e, ritenuta la responsabilità civile del Sonzogno in base all'art. 1153 c. c., dichiarava tenuti l'uno e l'altro in solido al risarcimento dei danni verso il Lovera.

Appellavano il Cappellaro e il Sonzogno, onde la Corte di Milano, annullato il primo giudizio per ragioni di forma, rinnovò innanzi a sè il dibattimento; indi pronunciava sentenza il 13 ottobre 1900, colla quale condannava il Cappellaro pel suddetto reato alla multa di L. 200, e dichiarava tenuto lo stesso Cappellaro in solido con Edoardo Sonzogno, quale responsabile, nella sua qualità di gerente della società editrice Sonzogno, al risarcimento dei danni verso la parte civile, da liquidarsi in separata sede, ritenendo che la responsabilità civile del Sonzogno era fondata sull'art. 1152 c. c.

Contro la sentenza della Corte dichiaravano di ricorrere il Cappellaro e il Sonzogno, ma il primo di essi non giustificava la propria indigenza e non faceva il prescritto deposito, riconoscendo non aver motivi di diritto da proporre. Dal canto suo il Sonzogno ha dedotto tre mezzi di cassazione.

Col terzo finalmente si allega la violazione degli art. 1153 c. c., 549 e 3 c. p. p. perchè la Corte, escludendo l'applicabilità dell'art. 1153 c. c., ritenne la responsabilità in base all'art. 1152, cioè quello che deriva da colpa propria.

E così errava, essendochè in giudizio penale non si possono citare come civilmente responsabili che coloro i quali siano cogli imputati nei rapporti indicati dall'art. 1153.

Sul ricorso del civilmente responsabile Edoardo Sonzogno: Per le disposizioni degli articoli 3 e 4 del cod. proc. pen. il danneggiato da un reato può esercitare l'azione civile innanzi allo stesso giudice e nel tempo stesso dell'esercizio dell'azione penale, sia contro gli autori, i cooperatori ed i complici del reato, sia contro le persone che la legge *ne rende civilmente responsabili* e loro eredi. Pertanto il codice con siffatte disposizioni in riguardo al civilmente responsabile, si riferisce esclusivamente a coloro, che dovevan rispondere dell'altro fatto costituente reato. E poichè i casi, nei quali una persona è tenuta a rispondere del fatto altrui, sono indicati nell'art. 1153 c. c., ne consegue che, allorquando non ricorra alcuno dei rapporti designati in detto articolo 1153, il danneggiato da un reato non può nel giudizio penale sperimentare l'azione civile contro chi altronde sia civilmente responsabile e così contro colui che sia civilmente responsabile per colpa propria, cioè per propria negligenza od imprudenza. Imperocchè non trattasi allora di un'azione civile nascente dal reato, ma di un'azione civile che promana da altra fonte, ossia da quella colpa che trovasi contemplata nell'art. 1152 del codice civile. In tal senso questa Suprema Corte già decise altra volta, lungamente motivando, con sentenza del 23 agosto 1895 ric. Barbaro ed altri (1). Ora, avendo la Corte di Milano ritenuto che alla Ditta editrice Edoardo Sonzogno, acquirente dell'opera, non sia applicabile il citato art. 1153, perchè fra essa e l'imputato Cappellaro venditore non intercedette veruno dei rapporti in quell'articolo preveduti, ma invece sia applicabile l'art. 1152, perchè la responsabilità della Ditta sorse direttamente e soltanto dalla sua negligenza ed imprudenza, ossia da colpa propria, col pubblicare il libro senza prima accertarsi che non era un plagio, non si poteva ammettere nel giudizio penale contro il Cappellaro la procedibilità dell'azione civile promossa dal danneggiato prof. Lovera contro il Sonzogno, quale civilmente responsabile, poichè in tal caso l'azione civile del Lovera contre il Sonzogno si deve esercitare separatamente in sede civile. Quindi la Corte di Milano ha errato giudicando che il Lovera poteva civilmente agire contro il Sonzogno innanzi il giudice penale.

Per le fatte osservazioni non occorre prendere in esame gli altri mezzi proposti.

P. q. m., la C. S. dichiara inammissibile il ricorso per Cappellaro e cassa senza rinvio per Sonzogno.

---

(1) V. la nota alla pagina precedente.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

IV Sezione.

17 maggio 1901 — *Pres.* Giorgi — *Rel.* Perla = Congregazione di carità di Milano c. Ministero dell'Interno.

***Va annullata la risoluzione ministeriale che neghi di dar corso al concentramento di una istituzione pubblica di beneficenza, regolarmente proposto dalla Congregazione di carità, dovendo anche la esclusione dal concentramento essere proclamata, a norma dell'art. 62 della legge 17 luglio 1890, per decreto reale, udito il Consiglio di Stato* (1).**

Venendo quindi al merito del ricorso, se può discutersi della censurabilità o meno del proposito manifestato dal Ministero di non provocare dal re l'emanazione di un provvedimento, quando si tratti dell'applicazione di una potestà prudenziale e discretiva, come potrebbe essere il caso dei raggruppamenti di cui all'art. 59 della legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, è certamente sindacabile il rifiuto di dar corso ad una proposta di concentramento, per la semplice ragione che in tal caso può trattarsi di una misura amministrativa disposta categoricamente dalla legge e per l'applicazione della quale è tracciato tutto un ordine di procedura, che, movendo dalla iniziativa della Congregazione di carità, della

(1) La questione è nuova, a nostra notizia, e la IV Sezione l'ha risoluta, crediamo, correttissimamente. A maggiore illustrazione della controversia riproduciamo qui il brano del ricorso della Congregazione relativo a questo capo:

« Il Ministero dell'interno ha negato di dar corso alla proposta di concentramento, regolarmente fatta dalla Congregazione e suffragata da due voti favorevoli del Consiglio comunale di Milano, mentre, a termini dell'art. 62 della legge speciale, esso avrebbe dovuto provocare in merito un provvedimento sovrano. Dichiara infatti l'art. 62: « L'applicazione « delle disposizioni precedenti vien fatta con *decreto « reale*, previo parere del Consiglio di Stato, ecc. ». Ora, pel tenor letterale di questa esplicita norma legislativa, due cose sono indiscutibili: l'una che sulla proposta di concentramento avanzata dalla Congregazione *deve* essere sentito il Consiglio di Stato; la seconda che la proposta medesima *deve* essere accolta o respinta mediante un atto a firma del re.

« La legge ha voluto che i provvedimenti diretti a far cessare l'autonomia delle istituzioni pubbliche di beneficenza contemplate dalla legge, ovvero a sottrarre alle Congregazioni i patrimoni di quelle alle quali la legge eccezionalmente ha conceduto di rimanere autonome, per la particolare importanza loro di fronte ai diversi interessi in conflitto, avessero la solennità della sovrana sanzione e non potessero prendersi se non udito l'avviso dell'autorevole Consiglio consultivo nelle materie amministrative. Che tale formalità sia prescritta, tanto nel caso di provvedimento positivo, quanto in quello di provvedimento negativo del concentramento è di per sè logico ed evidente. Per vero, la parola della legge è generale, in quanto accenna all'« applicazione delle disposizioni precedenti » e fra le disposizioni precedenti si trova pure l'art. 60, in applicazione del quale il Ministero, nel caso specifico, avrebbe esclusa la Pia Unione dal concentramento nella Congregazione di carità di Milano. Quanto poi allo spirito della disposizione, è troppo ovvio che tutte, senza distinzione, le proposte di concentramento, regolarmente avanzate dagli enti locali, debbano essere sottoposte al Consiglio di Stato, giacchè diversamente si verrebbe all'assurdo che questo sarebbe chiamato a pronunziarsi solo quando il Ministero avesse già deciso l'accoglimento del proposto concentramento e non nel caso opposto: mentre scopo del legislatore era senza dubbio che nell'eventuale dissenso fra il Governo e gli enti locali intervenisse il parere illuminato di quell'alto Corpo consultivo.

« Ora, nella specie, non soltanto non fu emanato un decreto reale, ma non risulta tampoco (anzi si deve ritenere escluso) che sia stato sentito il Consiglio di Stato. Il Ministero ha dunque violato la legge e poichè codesta Ecc.ma Sezione con numerose decisioni ha sapientemente affermato che i pareri richiesti dalla legge lo siano *a pena di nullità*, così per questo capo deve il provvedimento ministeriale in controversia essere senz'altro annullato ».

rappresentanza comunale o della stessa amministrazione interessata, esige il voto della Giunta provinciale amministrativa e in taluni casi anche del Consiglio provinciale e richiede in ogni ipotesi la garanzia del parere del Consiglio di Stato prima dell'emanazione del decreto reale, che è la forma prescritta per ordinare il provvedimento (art. 54, 56 e 62 della citata legge).

È quindi a ritenere che anche essendo autorizzata in date ipotesi la esenzione dal concentramento, il verificare se in seguito alla proposta venuta dagli enti locali concorrano effettivamente nei singoli casi le condizioni poste dalla legge per tali eccezioni costituisce una questione che non può essere sottratta alla disamina dei corpi e collegi chiamati dalla legge ad esprimere al riguardo il loro avviso; nè il convincimento del Ministero in un senso o in un altro dovrebbe formarsi ed essere ufficialmente espresso se non appunto dopo aver sentito il voto di tali collegi, compreso quello del Consiglio di Stato, da provocarsi nei termini dell'art. 6 del regolamento 17 ottobre 1889, n. 6515 in base a relazione del competente capo di servizio.

Nel caso concreto, la impugnata risoluzione negativa del Ministero fu emessa senza che risulti di essere stato sentito sulla questione il Consiglio di Stato (Sezione I), avendo il ministro medesimo dichiarato soltanto associarsi al parere espresso dalla Giunta P. A. che aveva opinato di non essere il caso di dar corso alla proposta della Congregazione di carità, e quindi è a ritenersi la illegittimità della prematura dichiarazione del Ministro.

P. q. m. annulla la impugnata risoluzione e rinvia gli atti allo stesso Ministero per l'ulteriore procedimento a sensi dell'art. 62 della legge 17 luglio 1890.

—

8 marzo 1901 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Sandrelli = Comune di Napoli e Lo Sardo c. Ministero dell'Interno.

1. *A termini dall'art. 39 del regolamento comunale e provinciale 19 settembre 1899 relativamente ai requisiti prescritti pei segretari comunali, non è consentito distinguere la* nomina *e l'*entrata in funzioni.

2. *Quindi è bene annullata dal Prefetto la deliberazione del Consiglio comunale di nomina di una persona a segretario comunale, se manchi ogni giustificazione di detti requisiti.*

Secondo le disposizioni contenute nell'art. 39 del regol. com. e prov. 19 settembre 1899, « per essere nominato segretario comunale » bisogna provare di possedere i requisiti ed i titoli nell'articolo stesso tassativamente stabiliti.

Di fronte ai precisi termini dell'anzidetta disposizione non è lecito dubitare che i titoli ed i requisiti ivi specificati debbano, non solo preesistere, ma essere dimostrati in precedenza alla nomina, per modo che questa allora soltanto è da ritenersi legalmente deliberata, quando da parte del concorrente rimasto eletto sia stata previamente provata, e da parte del Consiglio comunale sia stata accertata, la sussistenza attuale delle condizioni imposte perchè la nomina abbia luogo.

Non è ammissibile la distinzione formulata dal ricorso fra la nomina alla carica e l'esercizio effettivo di questa, nel senso che la prova dei requisiti dell'eletto sia necessaria, non al momento in cui la carica è conferita, ma quando il nominato ne assuma le funzioni. Siffatta distinzione urta contro lo spirito e contro la lettera delle disposizioni vigenti. Sarebbe assurdo supporre che la legge ed il regolamento, emanato per la esecuzione di quella, abbiano voluto rendere possibile una nomina, la quale non sarebbe definitiva, ma resterebbe sospesa e subordinata alla condizione della successiva constatazione dei titoli richiesti pel conferimento; ma, a prescindere da ciò, la parola adoperata dall'articolo succitato è tanto esplicita e chiara che non è possibile ammettere la interpretazione escogitata dalla difesa del ricorrente Comune, interpretazione che sarebbe indubbiamente contraria alla regola fondamentale di diritto, sancita dall'art. 3 dis. prel. c. c.: « Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio ».

Neppure giova il raffronto, che il ricorso instituisce, fra l'art. 39 regol. com. prov. e l'art. 18 del regolamento 8 giugno 1865, per l'esecuzione della legge com. prov. 20 marzo 1865. Nel regolamento del 1865 era detto: « Nessuno può essere nominato segretario comunale nè percepire lo stipendio, se non giustifica preventivamente, ecc., ». Ora, è bene vero che l'avverbio *preventivamente* non è stato riprodotto nell'art. 39 del regolamento vigente, ma questa omissione, dovuta alla nuova forma di più semplice redazione dell'articolo, può significare e significa che fu reputato opportuno fare a meno una di espressione superflua, ma non autorizza a ritenere mutato il concetto informativo della disposizione, ognorachè in questa è detto, come già fu avvertito, che « per essere nominato segretario comunale bisogna provare, ecc. »

Indipendentemente da ogni argomento strettamente legale, la più ovvia ed usuale logica basta a persuadere che, se la nomina è vincolata alla prova del possesso di deter-

minati requisiti, debbasi avere come statuita illegalmente, e quindi colpita da intrinseca nullità radicale, la nomina in fatto avvenuta senza che tale prova sia stata fornita.

Dal suaccennato vizio di nullità insanabile devesi riconoscere affetta la deliberazione con la quale il Consiglio comunale di Napoli nominava il signor avv. Francesco Lo Sardo a segretario generale del Comune, senza che nè questi avesse in alcuna guisa dimostrato, nè il Consiglio avesse riconosciuto la sussistenza dei titoli, la prova dei quali era indispensabile per la nomina.

Questa manifesta inosservanza del tassativo precetto sopra riferito basta a stabilire, indipendentemente da qualsiasi altra ragione d'invalidità della anzidetta deliberazione, la piena legittimità del provvedimento prefettizio che annullò quel deliberato consigliare in conformità al disposto degli art. 162 e 164 legge com. prov. 1889, e 189 e 191 testo unico 4 maggio 1898.

Conseguentemente non occorre discendere all'esame dell'altro motivo di annullamento che il Prefetto credè di desumere dal fatto che il Lo Sardo, le di cui dimissioni non erano state accettate, era ancora investito delle funzioni di consigliere del Comune di Napoli, quando veniva eletto all'ufficio di segretario generale di quel Comune.

In base ai concetti suesposti è innegabile la legittimità dell' impugnato decreto reale che, respingendo il reclamo gerarchico del Comune, tenne fermo il provvedimento prefettizio di annullamento della nomina dello avv. Lo Sardo.

Rigettandosi come infondato il presente ricorso, non è luogo a provvedere sulle spese, perchè nessuno comparve a contraddire al ricorso medesimo.

P. q. m., respinge il ricorso.

—

8 febbraio 1901 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Vanni = Comune di Oleggio c. Min. della P. I.

1. *Il concorso del Governo a favore dei Comuni per l'aumento degli stipendi dei maestri elementari, stabilito con la legge 11 aprile 1886, spetta a tutti i Comuni senza distinzione.*

2. *È quindi illegittima la determinazione del Governo di limitarla ai soli Comuni urbani.*

3. *Nè vale a giustificare tale determinazione il fatto che il fondo annuale di 3 milioni, stabilito con l'art. 3 di detta legge, sia stato, nell'apposito capitolo della legge di Bilancio dell'esercizio 1891-92 e successivi, ridotto a minori proporzioni, rendendo impossibile al Governo di mantenere regolarmente i contributi in corso* (1).

Per la legge del 1886, invocata dal Comune ricorrente, non è lecita alcuna distinzione o preferenza tra Comuni urbani e Comuni rurali.

Ciò risulta dal testo stesso legislativo, e la tesi che quindi non possa la pubblica Amministrazione distinguere, rimarrebbe, se occorresse, confermata dagli atti parlamentari, in quanto essi provano appunto che una doveva essere la condizione dei Comuni urbani e rustici, chiusi ed aperti, di fronte alla statuizione della legge predetta per ciò che concerne il titolo al concorso governativo nella maggior spesa prescritta a pro dei maestri elementari.

Quella legge, nello stabilire nel suo art. 3 il principio del concorso dello Stato e la somma all'uopo inscrivibile in bilancio, aggiunse che la misura massima di tale concorso sarebbe stata per i singoli Comuni eguale a 2/3 della spesa derivante dall'aumento di stipendio dalla legge medesima assicurato ai maestri elementari, e che della massima quota di concorso avrebbero goduto i Comuni considerati nell'art. 1 del R. D. 19 aprile 1885, con cui venne approvato il testo unico delle leggi 9 luglio 1876 e 1 marzo 1885. Soggiunse pure: saranno preferiti per il concorso dello Stato fino ai due terzi (cioè fino all'anzidetta massima quota):

a) quei Comuni nei quali la sovrimposta ai terreni ed ai fabbricati ha già raggiunto il limite massimo consentito dalle leggi, o che abbiano applicato almeno due tasse locali;

b) quelli che nelle frazioni mantengono scuole obbligatorie;

c) quelli dove è maggiore la frequenza degli alunni alle scuole.

Il Comune di Oleggio venne noverato fra quelli a cui spettava il massimo sussidio; e da più documenti acquisiti alla causa si deriva che bene così fu allora deliberato dal-

(1) Su questo punto della sentenza osserva molto assennatamente il *Monitore dei Tribunali:* « Dobbiamo confessare che proprio non sappiamo perchè *a priori* debba prevalere la prima: senza dubbio la riduzione di stanziamento fatta in bilancio crea una situazione in contrasto con l'ordinamento giuridico costituito dall'anteriore legge speciale, e rende necessario l'intervento del legislatore per distribuire la riduzione dello stanziamento fra i diversi interessati, — ma non ci sappiamo spiegare come la IV Sezione si pensi che il Potere Esecutivo possa aver riguardo soltanto alla legge speciale e non incaricarsi della riduzione fatta con la legge di bilancio » (a. c., p. 558).

l'Amministrazione, e che non sopravvenne e non v'è ragione alcuna di modificazioni restrittive, posciachè le scuole di quel Comune hanno sempre continuato e tuttora proseguono nelle condizioni volute dal legislatore per dotarle del concorso massimo da parte dello Stato.

La circostanza nuova non in altro si è consistita che nella riduzione, mediante la legge del bilancio relativa all'esercizio 1891-92, dei fondi pel concorso a pro dei maestri elementari, fondi da lire 3,000,000 ridotti a lire 1,640,000.

Ciò non basta a scuotere le ragioni del Comune di Oleggio alla continuazione del sussidio dal dì nel quale più non gli fu corrisposto. L'obbligatorietà delle spese dello Stato risiede, in gran numero d'ipotesi, fuori del bilancio, ed in quanto alla spesa corrisponde un perfetto diritto dei terzi a pretenderla: il fatto della eliminazione dal bilancio dello stanziamento per farvi fronte, menomamente non infirma il titolo giuridico dei terzi medesimi: e se nel caso di *assoluta insufficienza di fondi* non può il Ministero frattanto pagare, deve provocare dalle Camere i provvedimenti necessari a tradurre in atto impegni indeclinabili.

Senza negare in tutto al bilancio la forza di legge *materiale*, va ristretta la sua efficacia come tale all'ipotesi in cui il bilancio stesso sia titolo giuridico *primo* e *diretto* di determinati fatti finanziari, locchè, secondo le regole e gli usi italiani, s'avvera piuttosto in via di eccezione che di regola; e l'eccezione non ricorre nella presente quistione sollevata dal Comune di Oleggio, come non ricorreva in quella identica sollevata dal Comune di Fivizzano avanti a questo stesso Collegio, e risoluta favorevolmente al Comune con decisione 8 giugno 1900; fondata sugli stessi concetti poco innanzi ricordati. Insomma, nel conflitto tra la legge del bilancio e quella speciale, deve prevalere la seconda, per quanto ha tratto alla persistenza delle ragioni dei terzi a riscuotere.

P. q. m., annulla.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

GLI ONORARI E LE INDENNITÀ NELLE CAUSE DI PRETURA
dopo la legge del 7 luglio 1901

Essendo da poco pubblicata e da men che un mese andata in vigore la nuova legge sugli onorari dei procuratori e sul patrocinio legale nelle preture, rendesi opportuno esaminare la questione degli *onorari* e delle *vacazioni* nei giudizi pretoriali. Finora le disposizioni vigenti al riguardo erano: l'art. 439 del cod. di proc. civ., gli articoli 82 e 396 della tariffa civile approvata con decreto legislativo del 23 dicembre 1865, l'art. 64 del regolamento 26 luglio 1874 in esecuzione della legge sull'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore. Ora si aggiunge la legge del 7 luglio 1901. Le questioni erano parecchie.

La legge, nei giudizi pretoriali, autorizzava a comprendere nella tassazione delle spese ripetibili dalla parte soccumbente *soltanto*: 1.° « le *vacazioni* necessarie per assistere alle udienze, le quali sieno state per ogni volta dal pretore ammesse » (art. 439 cod. proc. civ.) e fatte « risultare dal verbale d'istruttoria » (art. 396 tariffa civile); 2.° « e, nella somma stabilita dal pretore, le spese per gli scritti, gli *atti* e le *copie* da esso *riconosciuti necessari*, avuto riguardo alla *natura della causa* e alla *condizione delle persone* » (art. 439 cod. prov. civ.).

Le *vacazioni* consistono in « un diritto da lire una a quattro », che « potrà essere esteso fino alle lire otto, quando le parti risiedono ad una distanza dal capoluogo della pretura maggiore di chilometri quindici », senza potere « però mai eccedere per cadauna causa le lire dodici nel primo caso e le lire ventiquattro nel secondo » (art. 396 tariffa civile). Stabilivasi poi esplicitamente che « *non possono accordarsi ai mandatari* » (art. 396 detto).

Le *indennità di scritti*, secondo l'art. 82 della tariffa civile, consistono, « per ogni scritto presentato », in un diritto « da lire due a dieci », oltrechè « avuto riguardo alla natura della causa ed alla condizione delle persone », anche « secondo la necessità e la gravità delle ragioni fatte valere ». E lo stesso art. 82 soggiungeva: « Gli scritti ammessi in tassa non potranno di regola in ogni causa, abbenchè siavi stata pronunziata più di una sentenza, eccedere il numero di due per ciascuna delle parti, compreso, in quanto all'attore, l'atto di citazione, sebbene sia sottoscritto dall'usciere. In quelle cause soltanto, in cui il pretore

li abbia creduti veramente necessari, potrà tassarne tre, ma non mai di più ».

Quanto alle *copie*, l'art. 82, infine, prescriveva: « Non è ammesso in ripetizione verun diritto di scritturazione o di copia se non che per ciò che è dovuto ai cancellieri od agli uscieri ». (Vedi all'uopo l'art. 265 della tariffa civile, nonchè l'art. 1 della recente legge 8 agosto 1895 sui proventi delle cancellerie).

Però:

1.° L'art. 1 della legge 23 giugno 1882, che, in riforma del sistema di riscossione delle tasse sugli atti giudiziari, eliminò la compartecipazione dei funzionari di cancelleria ai proventi del loro ufficio e riunì in unica tassa i diversi diritti, che prima colpivano gli atti giudiziari, cioè la tassa fissa di registro, quella di bollo, i diritti di originale allo Stato e di copia ai cancellieri, avendo *abrogate* le disposizioni contenute nei titoli II, III, IV, V e VI (art. 10 a 244) della tariffa civile, ha compreso in detta abrogazione solo *letteralmente* o anche *sostanzialmente* l'art. 82 sopra ricordato? La risposta è importante a sapere, perchè, se affermativa, la questione che era stata innanzi fatta, se cioè la disposizione dell'art. 82 della tariffa, in quanto riduce i poteri dati dal codice al pretore, debba considerarsi come una *disposizione precettiva*, o solamente come una *norma direttiva*, ossia « uno dei vari criteri, a cui il pretore, nella sua saviezza, potrà ispirarsi nel procedere all'applicazione dell'art. 439 del codice » (Mattirolo, IV, n. 264), non ha più ragion d'essere. E' il pretore non trova più ristretti i suoi poteri circa il *numero* degli scritti, la *qualità* degli atti da tassare, la *somma* da portare in tassazione.

2.° Sono ripetibili nei giudizi pretoriali gli onorari dovuti ai procuratori che avessero rappresentato le parti, o l'unico diritto di difesa si risolve nella indennità di scritti, dovuta come sopra, comprendendosi nel divieto di attribuire il diritto di vacazione ai *mandatari* (art. 396 della tariffa), anche i *procuratori legalmente esercenti?* E la questione si sdoppia, nel senso, che tende non solo a cercare se indennità od onorario sia dovuto ai procuratori, ma anche, nell'affermativa, se tale indennità debba essere nient'altro che il diritto di vacazione attribuito alla parte, e dovuto al procuratore solo in quanto avesse *rappresentato* e non soltanto *assistito* la parte in causa. Poichè in quest'ultimo caso al procuratore, oltre l'indennità di scritti, che eventualmente avesse presentato, nulla competerebbe contro la parte condannata nelle spese. Cose tutte assai gravi. Le quali, a parte la questione di *costituzionalità*, non vennero inviate verso una logica soluzione, ma vieppiù ingarbugliate, dall'art. 64 del regolamento alla legge dell'8 giugno 1874, dove è prescritto che « nell'esercizio della facoltà portata dagli articoli 439 del cod. di proc. civ. e 82 della tariffa in materia civile, i pretori avranno cura di non ammettere la tassazione delle spese sugli scritti e per gli atti preveduti negli articoli medesimi a favore di coloro che abitualmente esercitano la professione di procuratore, senza avere i requisiti prescritti dalla legge 8 giugno 1874 ».

Alla stessa guisa, credendo di aver trovato opportuni elementi di soluzione, hanno poi gli scrittori dato una portata ed una comprensione, che evidentemente non hanno, all'art. 54 dello stesso regolamento, che prescrive ai procuratori il registro delle cause affidate al loro patrocinio, distinte per competenza *di pretura*, di tribunale o di Corte di appello, ed agli articoli 12 e 28 del decreto-legge 6 dicembre 1865 sul gratuito patrocinio, secondo il primo dei quali il gratuito patrocinio è obbligatorio pei procuratori ed avvocati anche nelle cause *pretoriali*, mentre secondo l'altro, nell'attribuzione delle spese all' erario, non entrano gli *onorari dei difensori*, i quali vanno a particolare vantaggio di questi. E tutto ciò come se con queste prescrizioni si fosse stabilito, non che i procuratori legali potessero, e dovessero qualche volta, rappresentare le parti anche nei giudizii dinanzi ai pretori, ma che i detti procuratori assumessero nei giudizi medesimi la loro specifica veste legale e, cogli obblighi, avessero pure i diritti loro propri, cominciando degli *onorari*, ossia da un compenso diverso dalle indennità di scritti e di atti e dalle vacazioni; dato, per queste ultime, e non concesso che i *procuratori* non abbiano che vedere coi *mandatari* di cui parla generalmente l'art. 396 della tariffa (Vedi contra: Mattirolo, IV, n. 265 e segg. e gli scrittori e le sentenze da lui citati).

3.° Essendo gli articoli 294, 295 e 296 della tariffa civile compresi in un *titolo* che è intestato: « degli onorari degli avvocati presso le Corti di cassazione e di appello e dei tribunali civili », devesi escludere che nelle cause pretoriali possa attribuirsi, a carico della parte soccombente, un onorario qualsiasi all'avvocato che difese il vincitore, o deve intendersi ai pretori affidato lo stesso potere *discrezionale*, che l'art. 272 del regolamento generale giudiziario attribuisce ai tribunali in causa commerciale?

Di tutto questo complesso ordine di questioni, la legge del 7 luglio 1901, a mio parere, una sola cosa ha chiaramente deciso, ed è che ai *procuratori*, nei giudizi innanzi ai pretori, compete un onorario (art. 1 della legge), ripetibile dalla parte condannata alle spese (art. 5 della legge), e diversamente determinato, a seconda del valore della causa, sempre quando sia stata pronunziata una sentenza definitiva o non (art. 2 della tabella). Ma molte altre cose ha lasciato assai oscure. Infatti, nella parola *procuratori*, si comprendono anche i *patrocinatori*, ossia quelli che, senza essere procuratori, hanno il diritto di assumere l'assistenza o la rappresentanza delle parti o possono esservi abilitati, e si comprendono altresì i semplici mandatari generali per *alter ego* di cui parla l'art. 10 della legge? Stabilito un onorario ai procuratori, devonsi intendere abrogate le disposizioni che stabiliscono le indennità di scritti e di atti, e spettano tuttavia alle parti le *vacazioni* per assistere alle udienze? Può dirsi ripetibile, nei giudizi innanzi ai pretori, il compenso di avvocato?

Se le parti possono tuttavia comparire dinanzi ai pretori personalmente, facendosi assistere o non da un difensore, niun dubbio

che ad esse spettino tuttavia le vacazioni per assistere alle udienze di cui si parla all'art. 439 del cod. di proc. civ. e nella misura stabilita dall'art. 396 della tariffa. Tutto ciò va al di là della materia prevista dalla legge 7 luglio 1901 e non può intendersi compreso nella generale abrogazione dell'art. 13 di detta legge. Che tale diritto di vacazione non possa poi tuttavia accordarsi ai mandatari, mi pare anche indubbio, considerato però che per mandatari oggi non possono intendersi se non il coniuge, i parenti in linea retta, il fratello e « coloro che nei giudizi innanzi ai pretori compaiono in qualità di amministratori o di agenti, in virtù di un mandato generale per tutti gli affari del mandante, rilasciato per atto pubblico, di data anteriore di tre mesi almeno all'inizio del giudizio » (art. 10). Ad essi, infatti, è oggi limitata la facoltà di comparire innanzi al pretore invece delle parti e di rappresentarle. E come s'intende, sebbene la legge non lo dica, che il coniuge, i parenti in linea retta, il fratello, debbano essere muniti di mandato, non essendo essi, per le loro qualità soltanto, dichiarati rappresentanti delle parti (art. 156 ult. capov. cod. proc. civ.), s'intende altresì che, prendendo la generale qualifica di mandatari, non possono, nel silenzio della legge nuova, avere un trattamento più favorevole di quello che loro faceva la legge vecchia, la quale, non essendo stata modificata per questa parte, resta pure in vigore.

Alle parti che compariscano personalmente o per mezzo dei mandatari di cui sopra può essere pure accordata la indennità di scritti e di atti, ai sensi e con le limitazioni stabilite all'articolo 439 del cod. di proc. civ. Nemmeno questa disposizione del codice può intendersi generalmente abrogata, quando la nuova legge, per le cause davanti ai pretori, stabilisce soltanto un onorario spettante ai *procuratori*, che avessero assistito o rappresentato le parti. Tutte le volte quindi che non si potesse attribuire l'onorario stabilito all'art. 2 della tabella annessa alla legge del 7 luglio, restano sempre applicabili le vecchie disposizioni, che neppure per questo lato sono contrarie alla legge predetta e non vanno comprese nella generale abrogazione di cui all'articolo 13. Tali indennità di scritti e di atti vanno tassate sempre, allorchè sieno questi dal pretore riconosciuti necessari, e nella somma dal medesimo stabilita, avuto riguardo alla natura della causa ed alla condizione delle persone.

Le limitazioni dell'art. 82 non fanno più ostacolo, solamente perchè esso, bene o male, appositamente o per mera disattenzione del legislatore, è stato abrogato *in terminis*, e rimane sostanzialmente la sua materia contenuta nell'art. 439 del codice. Altrimenti, e contrariamente a quanto ha pensato qualche scrittore e qualche magistrato supremo (Vedi in Mattirolo, IV, n. 264), io non avrei affatto trovato il detto art. 82 in contraddizione coll'art. 439 del codice, nè avrei punto sostenuto che quello avesse derogato a questo, tanto più che l'uno e l'altro andarono in vigore nello stesso giorno 1.° gennaio 1866. Avrei detto solamente che il legislatore, con l'art. 82, ad evitare facili abusi di

latitudine, aveva inteso di delimitare i confini dell'art. 439, e ciò facendo aveva dato a questo la sua giusta ed equa comprensione.

E poichè evidentemente neanche oggi, a seguito della legge del 7 luglio, v'è una qualsiasi disposizione di legge, la quale autorizzi a sostenere, che nei giudizi pretoriali, sia pure nelle materie di cui parla l'art. 82 della procedura, e tenuta pur presente la maggiore importanza che tali giudizi vengono ogni giorno acquistando, possa mai dirsi ripetibile dalla parte soccumbente un compenso di avvocato, trovo che anche oggi, dinanzi ai pretori, l'unico compenso ripetibile per un avvocato si risolva sempre nella indennità di scritti. Il che non è poi assolutamente una vana cosa, dato che l'art. 439 del codice di procedura non trovi più limite nell'art. 82 della tariffa. Del resto non è oggi soltanto una reminiscenza retorica, ed è stato ripetuto dal ministro Zanardelli nella relazione al disegno di legge da lui presentato alla Camera dei deputati il 27 aprile 1898, l'insegnamento di Ulpiano: *Res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda, nec dehonestanda; quaedam enim, tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petantur* (L. 1 § 5 Dig. *de extr. cogn.*, 50, 13).

Resta a parlare della posizione fatta oggi ai difensori in generale. Ho già detto che indubbiamente se le parti si facciano assistere o rappresentare in causa da *procuratori legali*, a questi per l'assistenza o la rappresentanza non compete nè diritto di vacazione nè indennità di scritti, perchè nell'onorario per essi stabilito dall'art. 2 della tabella s'intende fissato ogni compenso per l'opera prestata (art. 1 capov. della legge 7 luglio 1901). La indennità di vacazione potrebbe forse rimanere, perchè la legge nuova non dice nulla al riguardo, ma andrebbe assegnata solo alla parte che comparisse personalmente, facendosi semplicemente assistere da una persona di legge. Fin qui nulla di straordinariamente difficile a intendere e a risolvere.

A me pare anche chiaro, e l'ho già accennato, che per i mandatari di cui all'art. 10 della legge del 7 luglio, la posizione resti eguale a quella di tutti i mandatari che finora si erano presentati per le parti dinanzi alle preture. La legge del 7 luglio non ha neppure lontanamente fatto intravedere che ad essi potesse competere quell'onorario, che, come vedremo, è assai dubbio che spetti ai difensori che non rivestissero la qualità di procuratori. Escluso quindi ogni diritto di vacazione, essi non possono pretendere che ad una qualsiasi indennità di scritti o di atti.

La questione grave nasce per i patrocinatori, perchè mentre la legge ad essi riconosce un vero titolo legale alla difesa delle parti nei giudizi dinanzi ai pretori, quando sanziona poi il diritto all'onorario, si dimentica di essi e parla solo di *procuratori*. E se la dimenticanza fosse completa, poco male. Il guaio è che se ne ricorda pure, e fa peggio, perchè fa gravemente sospettare che vada, a riguardo del diritto agli onorari, applicato l'aforisma *inclusio unius esclusio alterius*.

Si tenga sempre presente che la legge del 7 luglio è intito-

lata *sugli onorari dei procuratori e sul patrocinio legale nelle preture*, e la tariffa alligata porta il titolo di *tabella degli onorari dei procuratori*, e che agli art. 1, 3, 5 capov. della legge si parla sempre di *onorari* ai *procuratori;* e si legga attentamente l'art. 12. Questo dice: « Nelle cause riguardanti persone ammesse al gratuito patrocinio, gli *onorari* e le *indennità* dovute al *patrocinatore* nominato d'ufficio, saranno a sua domanda iscritte nel registro delle spese a debito e riscosse nel modo dalla legge stabilito per le spese stesse, anche nel caso di transazione della lite ». Non appare evidente qui l'antitesi tra la parola *onorari* e l'altra *indennità*, tanto da desumerne che gli *onorari* spettano ai *procuratori* e le *indennità* ai *patrocinatori?* E se queste indennità non sono altrimenti dalla legge determinate, non si dovrebbe dire che sieno ancora le *indennità di scritti* stabilite dall'art. 439 del cod. di proc. civ.?

Ebbene, per dire il contrario, occorre un'accurata analisi, e questo non doveva essere. Valga il vero.

Abrogato l'art. 82 della tariffa civile, l'art. 439 rimarrebbe, a riguardo dei nuovi patrocinatori, limitato dall'art. 1 della legge del 7 luglio e 2 dell'annessa tabella. Se la legge dice che ai *procuratori*, oltre agli onorari in essi stabiliti, *niun altro diritto sarà dovuto*, non sarebbe nè logico nè equo che fosse, sotto la forma di *indennità di scritti*, attribuito ai semplici *patrocinatori* un diritto che potrebbe tassarsi in somma anche superiore.

Inoltre, ammesso che dinanzi ai conciliatori possono ancora rappresentare od assistere le persone che « non sieno laureate in legge, notai o procuratori o abilitati al patrocinio davanti i pretori », è stabilito (art. 11 della legge 7 luglio) che *le competenze*, le quali possono ad esse liquidarsi, « dovranno essere ridotte alla metà degli onorari stabiliti nell'art. 1 dell'unita tatella ». E questo, pur così imprecisamente detto, significa due cose, e cioè, che per i giudizi dinanzi ai conciliatori, le *competenze*, le quali venivano prima tassate ai difensori delle parti, trovano oggi un limite massimo nella metà degli onorari stabiliti all'art. 1 della nuova tariffa, quando i detti difensori non sieno « laureati in legge, notai o procuratori o abilitati al patrocinio davanti i pretori », mentre se invece appartengono a questa categoria, le dette *competenze*, possono liquidarsi nella stessa misura di che al detto art. 1. Ond'è che se in questo articolo 11 della legge non si concedono ai *patrocinatori* gli *onorari* stabiliti nella stessa misura, si limitano però e si autorizzano le competenze nella stessa misura degli *onorari* ai procuratori.

Date queste regole, potendosi però pur osservare che queste *competenze*, consistendo per le antiche disposizioni finora applicate (intese queste nel loro netto ed elementare significato) nella più volte ricordata indennità di scritti, non vanno sempre ed in tutte le cause dovute, a me pare che sia proprio il caso di ricorrere all'analogia, nei cui stretti termini qui ci troviamo. Infatti

se una disposizione di legge dà ad alcune categorie di persone il diritto di assistere e rappresentare le parti nei giudizi avanti i pretori eguale a quello che hanno i procuratori, e dimentica di assegnare loro un onorario, mentre le stesse vecchie disposizioni, pur ammettendo una sola indennità di scritti, non ritengono l'ufficio di qualsiasi patrocinatore come gratuito, e le nuove limitano le competenze di ciascuno perchè non eccedano gli onorari attribuiti ai procuratori, è da ritenere che, per ragion di analogia, ai nuovi *patrocinatori* legalmente abilitati dalla legge, vada attribuito un compenso nella stessa misura e negli stessi limiti degli onorari stabiliti per i *procuratori* ai quali sono stati assimilati.

I lavori preparatorii ribadiscono questa interpretazione. Infatti all'art. 2 del progetto Zanardelli del 27 aprile 1898, allo scopo di introdurre qualche disposizione « che valesse ad impedire indirettamente l'opera dei faccendieri nei luoghi ove risiedono i procuratori legali », fu aggiunto un capoverso in questi termini: « Non è dovuta alcuna indennità alla parte che nei luoghi ove ha sede un tribunale si faccia rappresentare od assistere innanzi ai pretori da persone non aventi la qualità di procuratori legali ». Nella relazione della commissione della Camera, sullo stesso disegno di legge, ripresentato il 25 novembre 1898 dal ministro Finocchiaro-Aprile, venne proposto invece che « le competenze, di cui nell'art. 439 del cod. di proc. civ., per le parti od i loro mandatari, quando questi non sieno laureati in legge, notai o procuratori abilitati all'esercizio, comunque non inscritti nell'albo, non potranno sorpassare nei giudizi innanzi ai pretori ed i conciliatori la metà degli onorari rispettivamente fissati negli articoli 1 e 2 della unita tabella, e non potranno ripetersi dalle parti avverse ». Ma stabilite, nel progetto ripresentato dal Bonasi il 3 febbraio 1900, opportune e generali disposizioni tendenti a risolvere definitivamente la *vexata quaestio* del patrocinio legale davanti le preture, ed esclusi da queste i faccendieri, il ministro nella sua relazione dice: « È evidente che la proposta contenuta nell'art. 2 del progetto della commissione per quanto concerne i giudizi dinanzi ai pretori, non ha più ragion di essere, *poichè non sarebbe nè giusto, nè decoroso, dimezzare gli onorari a chi, per capacità e per moralità, è stato dal tribunale reputato idoneo a postulare davanti ai giudici di mandamento.* Quella proposta può esser mantenuta (ed a ciò appunto mira l'art. 7 del presente disegno di legge) per i soli giudizi innanzi ai conciliatori, ai quali giudizi non mi è sembrato conveniente di estendere la disposizione dell'art. 6 ».

Dopo questo, il pensiero del legislatore mi pare risulti chiaro e l'attuale art. 12 della legge, nel quale alla parola *procuratore*, usata nel progetto, si sostituì, per volere del relatore della commissione della Camera, onor. Gallini, la parola *patrocinatore*, come pure l'art. 11, dànno luogo a dubbio per un evidente difetto di coordinazione.

A questo punto avrei finito, se non sentissi l'obbligo di no-

tare anche una volta che il legislatore, per fare opera buona, come intendeva, avrebbe dovuto pensare che pregio di ogni legge è di evitare, quanto è possibile, il vano arzigogolìo che occorre per conciliare disparate disposizioni vecchie con le nuove. E per ottenere ciò il terreno era preparato da lunga data. Tralascio di notare che secondo il progetto di legge su gli onorari degli avvocati e dei procuratori approvato dal Senato in tornata 15 aprile 1880, agli articoli 3 e 4, veniva stabilito che « nelle cause davanti ai pretori, possono ripetersi dalla parte condannata nelle spese gli onorari dovuti agli avvocati soltanto per le controversie *eccezionali*, di cui all'art. 82 del cod. di proc. civ., e non per le cause di competenza ordinaria », sempre che però per la difesa non « fosse *manifestamente superflua* l'opera dell'avvocato ». Infatti nel progetto che ora è legge del 7 luglio, per evitare ostacoli, si volle appositamente lasciar da banda ogni questione che potesse riguardare gli onorari dovuti agli avvocati. Ma non posso lasciar di notare che il progetto Zanardelli del 10 aprile 1883 potea opportunamente servire per un ordine assai semplice di disposizioni, perchè ivi, dopo essersi determinato l'onorario dei procuratori *legalmente* esercenti nelle cause pretoriali, il quale onorario era dovuto « solo quando la parte non sia comparsa da sè », si stabiliva che le indennità da attribuirsi alla parte che fosse comparsa *personalmente* non dovesse mai eccedere complessivamente « quella somma, che avrebbe potuto competere a titolo di *onorari* al *procuratore legale da cui si fosse fatto rappresentare* ». Si eliminavano così definitivamente gli articoli 82 e 396 della tariffa e l'art. 439 del cod. di proc. civ., raffrontato alle nuove disposizioni, rimaneva di un tenore preciso e chiaro.

Dopo tanta preparazione, non valeva davvero la pena di ingarbugliare di più le vecchie disposizioni (1).

Napoli, 15 agosto 1901.

AVV. VINCENZO GALANTE
Pretore al VI Mand.° di Napoli.

---

(1) Sulle annose vicende è l'urgente bisogno delle disposizioni oggi contenute nella legge del 7 luglio, vedi le relazioni ministeriali e delle commissioni della Camera e del Senato pubblicate dal Pietrocola (Napoli 1901). Limitatamente al patrocinio legale presso le preture vedi poi: MATTIROLO, IV, n. 232 e segg. Vedi altresì MORTARA, *Manuale*, I, n. 487 in nota, e la dotta relazione del chiarissimo professore di Napoli al 3.° Congresso giuridico nazionale tenuto in Firenze il 1891. Sulla legge del 7 luglio vedi pure i miei articoli: *I vecchi esercenti nella legge sul patrocinio legale presso le preture* e *La condotta incensurata secondo la legge sul patrocinio presso le preture.*

GLI AUTOMI NEL DIRITTO PRIVATO

(*Continuaz. e fine — V. N. 8*).

CAPITOLO III.

Il contratto automatico.

§ 1.°

Posizione sistematica.

L'indagine fin qui fatta sul processo genetico del negozio automatico non lascia alcun dubbio sulla sua natura contrattuale. Resta a determinarsi quale sia la posizione che nel sistema del diritto obbligatorio spetta al contratto automatico: ad indagare cioè come questa convenzione debba qualificarsi nel sistema moderno dei contratti (1). E poichè secondo la nostra legislazione e scienza civile i contratti si dividono in due grandi classi secondo che siano soggetti alle regole generali sui contratti, oppure abbiano anche regole speciali (2), si presenta la questione se il contratto automatico possa o no esser compreso fra i contratti speciali individuati nella legge positiva, oppure debba esser sottoposto alle regole comuni ad ogni contratto, o se infine abbia un contenuto specifico tale da richiedere, oltre queste, norme speciali, da dover cioè esser posto allato ai contratti nominati.

Per avviarci alla soluzione di un tal quesito è necessario esaminare il carattere delle prestazioni automatiche. Tutti gli autori che si sono occupati di quest'argomento fanno distinzione fra automi che trasmettono oggetti materiali (3) ed automi dai quali si ottiene una prestazione immateriale (4). Fra le varie denomi-

(1) Se si volesse fissargli un posto nel sistema contrattuale romano, esso sarebbe certamente sotto la categoria dei contratti innominati. Fondamento di questi contratti è l'esecuzione già avvenuta per opera di una delle parti di una convenzione sinallagmatica non resa obbligatoria per mezzo di contratto formale, e non costituente un contratto non formale. Come tale il contratto automatico rientrerebbe nelle combinazioni *do ut des, do ut facias* (forse anche *facio ut des* e *facio ut facias*, vedi BIERMANN, op. cit. p. 293); all'utente, dopo eseguito l'*jactus* spetterebbe un'*actio in factum* per ottenere la contro-prestazione, o una *condictio causa data causa non secuta*, per ottenere la restituzione della cosa prestata. Tutto ciò si attaglierebbe perfettamente al nostro negozio; senonchè la distinzione romana fra contratti nominati ed innominati ha perduto nel diritto moderno il suo fondamento, originato dal fatto che non tutti i patti erano nell'antico diritto romano muniti d'azione.

(2) Vedi art. 1103 cod. civ.

(3) Per esempio cioccolatta, sigari, liquori, fiammiferi, francobolli, immagini libri, utensili, cibi d'ogni specie, gas, ecc.

(4) Per esempio pesare, misurar la forza, suonar della musica, elettrizzare, belle vedute, cinematografi, uso di libri o di sedie, ecc.

nazioni che si danno a queste due classi di automi (1) sarà qui preferita quella dell'Ertel (2), che chiama automi da merci i primi, ed automi da servigi i secondi, perchè meglio rispondente ad un carattere giuridico e logico. Lo Schiller (3) aggiunge a queste due classi quella degli automi che trasmettono una polizza di assicurazione contro le disgrazie accidentali di viaggio.

Basta ciò per far rilevare che il contratto automatico si qualifica diversamente secondo il carattere della prestazione che eseguisce; che quindi l'automa è unicamente un mezzo per la conclusione del contratto. Come tale resta fissato il suo posto nella scienza del diritto privato; di esso si dovrà trattare nelle modalità di costituzione dei rapporti obbligatori, e più specialmente nella parte generale di essi.

Ove poi si considerino le diverse figure di contratti automatici, sarà facile riscontrarvi gli estremi di altri contratti che si sono già individuati nel diritto, ed hanno norme e regole proprie. Un criterio tecnico di unificazione e semplificazione consiglia di ricomprendervi i contratti automatici, se anche la loro configurazione varii in qualche elemento accessorio.

Si può pertanto conchiudere che l'automa non dà vita ad un contratto *süi generis,* ma a contratti diversi che rientrano nelle forme contrattuali riconosciute e regolate dal diritto. Nel paragrafo seguente saranno esaminati i caratteri speciali derivanti dal mezzo comune con cui essi vengono posti in essere.

§ 2.°

Caratteri e configurazione.

È interessante considerare anzitutto il contratto automatico in relazione ad una fra le distinzioni che sogliono farsi dei contratti, distinzione che, sebbene non riprodotta espressamente nel nostro codice, pure vi è indubbiamente mantenuta: quella cioè tradizionale fra contratti reali e consensuali.

Lo Schiller (4), esaminando i caratteri del contratto automatico, non esita a qualificarlo come reale. L'espositore, egli dice, non resta obbligato se non in dipendenza dell'eseguito *jactus pecuniae,* onde l'obbligazione nel contratto automatico sorge unicamente per effetto della consegna di una determinata cosa, precisamente come avviene per esempio nel mutuo. Ma egli non prende in considerazione più oltre questo concetto, mentre, poichè parla in seguito di contratti automatici di compra-vendita, locazione, ecc., avrebbe dovuto porsi la questione se e come il carattere di realità possa attribuirsi a contratti che la scienza giuridica ritenne sempre consensuali.

---

(1) Per esempio automi da vendita e da prestazione, da merci e da lavoro, da merci e da prestazioni.
(2) Op. cit., pag. 11-12.
(3) Op. cit., pag. 11.
(4) Op. cit., pag. 14.

Nessun dubbio intanto può sorgere sulla individualità del contratto posto in essere da chi getta nell'automa una moneta per riceverne ad esempio una tavoletta di cioccolatta, un sigaro, una bibita, ecc.: gli estremi della compra-vendita, cosa, prezzo, consenso vi si riscontrano evidentemente, così come l'effetto giuridico della traslazione di proprietà e quello economico dello scambio della merce per il suo valore. Se pertanto, posta l'esattezza della considerazione dello Schiller sulla causa dell'obbligazione nascente dal contratto automatico deve dedursene la realità del contratto stesso, si rende necessaria una revisione critica di quella distinzione che sempre nella scienza giuridica ebbe a disgiungere figure diverse di contratti.

Certamente non può più attribuirsi nel diritto moderno alla distinzione fra contratti reali e consensuali il significato che le si attribuiva nel diritto romano in cui la *res* concepita come *causa credendi* era requisito formale per l'esistenza del contratto; oggi il principio *nuda pactio obligationem parit* si fa valere come regola generale. Pure l'esistenza della distinzione in parola è tuttora comunemente ammessa (1) nel senso che certe figure giuridiche contrattuali non possono perfezionarsi senza la concomitanza della *res* (2). Ma se sulla ragione del perdurare della distinzione si è quasi generalmente d'accordo, ben altrimenti è nel riguardo della determinazione del concetto di realità, della sua portata ed estensione. Per qual ragione, si chiede, vi sono contratti che richiedono il concorrere della *res* alla loro formazione? e quali essi sono?

Nel procedere a quest'indagine varî si mostrarono gli sforzi di quei giuristi che ricercarono quella ragione in una necessità naturale, come ad esempio l'obbligo alla restituzione. Così, per non citarne che due, il Demelius (3) si vide costretto ad affermare l'inerenza frequente di un contratto reale alla *locatio-conductio* ed al *mandatum;* e l'Unger (4) per aver posto la restrizione del « vantaggio esclusivo pel ricevente » dovette scartare dai contratti reali il deposito ed il mutuo feneratizio, in cui, egli dice, può sussistere un obbligo alla contro-prestazione prima della consegna, mentre ciò non si avvererebbe nei contratti rientranti in quella limitazione. E' stato dimostrato che quella intima necessità non esiste (5) e la scienza giuridica, spinta forse dal bisogno di una sintesi abbracciante colle tradizionali le nuove fi-

---

(1) Per la letteratura italiana vedi in contrario PACIFICI-MAZZONI, *Ist.*, vol. IV, pag. 68, n. 1; inoltre la sentenza della Corte d'appello di Genova, in *Giur. ital.*, 1894, I, Sez. II, col. 119-120, ed un'altra della Cass. di Roma, in *Giur. ital.*, 1896, I, Sez. I, col. 193.

(2) La *res,* cioè, la si intende non come requisito di validità, ma come requisito di qualità; non come *causa credendi,* ma come *causa solvendi* in relazione ad una obbligazione che non fa parte del contratto iniziantesi colla *res,* ma di un contratto preliminare.

(3) In *Jhering's Jahrb.*, Bd. III, S. 410. Secondo quest'autore sarebbero reali tutti quei contratti in cui l'obbligo a restituzione affievolisce tanto il contenuto della volontà contrattuale che la terminologia giuridica data il negozio dalla consegna.

(4) In *Jhering's Jahrb.*, Bd. VIII, S. 9.

(5) BRINZ, *Kritische Blätter*, I, p. 25 apud ADLER (*Jhering's Jahrb.*, XXXI, S. 193).

gure di contratti reali (1), propende oggidì a ritenere che il carattere di realità in un contratto dipenda piuttosto da prescrizione positiva della legge o da volontà delle parti che da speciale natura del contratto (2).

Ciononostante anche in questa direzione una precisa determinazione del concetto di realità resta ancora a desiderarsi. La grave questione non può qui trovar posto ad una sufficiente trattazione; solo ho voluto toccarla perchè l'esaminarla in relazione al singolare caso del contratto automatico potrebbe portare un qualche lume alla sua risoluzione. Ed in vero il ritenere reale il nostro contratto (ed è difficile pensare altrimenti) viene mirabilmente in sostegno della teoria che fa della realità un carattere estensibile a qualsiasi forma contrattuale, un carattere cioè attinente alla esteriore configurazione del contratto e non alla sua intima natura. Nello scambio dell'oggetto contenuto nell'automa colla moneta gettatavi dall'utente viene ad esistenza un contratto di compra-vendita che si perfeziona non in virtù di semplice consenso, ma in virtù di un atto cui l'offerente, *legem dicens*, attribuisce forza perfezionativa del contratto. Qui il processo formativo e l'effetto giuridico della *res* è quello stesso che si riscontra per esempio nel mutuo: questo infatti non ha vita prima della consegna del danaro: il consenso anteriormente alla consegna dà vita ad un contratto preliminare: la consegna perfeziona il mutuo in virtù del consenso preesistente o coesistente. Ma nel contratto automatico questa necessità della *res* non ha causa in un obbligo alla restituzione; la *res* qui non è consegna di cosa che debba esser restituita; essa è esecuzione di prestazione che vien posta come condizione della nascita dell'obbligo alla contro-prestazione. Questo carattere della *res* conduce a due considerazioni. Poichè anzitutto l'esecuzione di una prestazione potrebbe consistere oltrechè in consegna di cosa (dare) anche in un *fare* si delinea conseguentemente il principio generale, preciso e logico secondo cui il concetto di realità troverebbe il suo fondamento in ciò, che il semplice consenso delle parti contraenti non possa o per legge positiva o per legge contrattuale produrre le obbligazioni proprie di quel dato contratto che si

---

(1) Ad esempio: il contratto di riporto (cod. comm. art. 73, e VIVANTE, *Tratt.*, III, pag. 178, n. 1176); il contratto estimatorio (COVIELLO N., in *Riv. per le scienze giurid.*, 1893, vol. XV, pag. 379); l'emissione di un vaglia postale (VIVANTE, op. cit., pag. 76, n. 1034).

(2) Vedi WINDSCHEID, *Pand.*, § 312, nota 5; BRINZ, *Pand.*, § 248; EISELE apud ADLER, op. cit., pag. 201; più specialmente ADLER, op. cit., pag. 212; COVIELLO N., loc. cit.; GIANTURCO, *Obbligazioni*, p. 132; COVIELLO L., in *Enc. giur. ital.*, vol. III, parte III *a*, pag. 102; SACCHI, in *Dig. ital.*, vol. III, parte III, pag. 236. Il GABBA (*Giur. ital.*, 1896, I, Sez. I, col. 204 e seg.) fa dipendere la realità dall'indole dell'oggetto voluto dal contratto, ed afferma non poter per conseguenza esistere altri contratti reali al di fuori dei quattro tradizionali. Ma, se si può esser d'accordo coll'illustre giurista in ciò che in quei contratti la consegna della cosa abbia un carattere speciale, poichè la funzione giuridica che in essi ha la *res* si riscontra in altri contratti, riconosciuti e dichiarati reali, è necessario ammettere che il criterio della realità non nell'oggetto del contratto debba riporsi, ma nella funzione che la *res* ha nella formazione del contratto.

vuol chiamare in vita (1). In secondo luogo, considerando l'effetto giuridico della *res* nel contratto reale così inteso, vien naturale far rientrare il concetto di realità fra le modalità eventuali nei rapporti obbligatorî (2). Resterebbe a risolversi l'ulteriore questione se esso debba avere fra quelle sede distinta, o possa comprendersi in qualcuna delle modalità aventi già esistenza concreta ed indiscussa nella scienza del diritto; ma nè lo consente l'indole del presente lavoro, nè lo stato poco appagante della letteratura giuridica su tali concetti più che mai discussi e controversi permette se ne possa tentar la soluzione. Solo può rilevarsi che se in alcuna fra le « determinazioni accessorie » o « autolimitazioni » o « elementi accidentali » che dir si vogliano, si volesse far rientrare il concetto di realità, questo potrebbe rientrare nel concetto di condizione, in particolare in quello di condizione potestativa (3); e certo troppo leggermente l'Adler procede alla ricerca di criteri discretivi fra realità e condizione, quando sulla natura giuridica del negozio condizionato neppur può dirsi esista una *communis opinio* (4).

Un'altra difficoltà si presenta nel considerare il contratto automatico in relazione alla distinzione fra unilaterali e bilaterali. Anche qui lo Schiller, dopo aver rilevato che dal contratto automatico nasce un obbligo unilaterale, quello dell'offerente alla prestazione promessa (5), non si cura di conciliare ciò col fatto che la compra-vendita, la locazione, l'assicurazione sono generalmente riconosciuti come contratti bilaterali. A me pare che, dato il concetto di realità quale fu esposto, la qualificazione del nostro contratto in relazione alla distinzione che ci occupa non possa dar luogo a controversie. Sta infatti che se qualunque contratto può esser concluso *re*, e se la realità concerne l'esterna configurazione del contratto, non potrà per ciò solo modificarsi l'intima natura del rapporto. Ma la distinzione fra contratti unilaterali e bilaterali ha riguardo a quest'intima natura?

Se si dovesse giudicare dalle definizioni che di essi si danno nella dottrina e nella legge, dovrebbe rispondersi negativamente.

---

(1) Così ad esempio nella promessa di ricompensa a chi farà una data cosa, il consenso dell'accettante non basta a far nascere l'obbligo dell'attribuzione della ricompensa nel promittente; perchè adunque non si dovrebbe considerare anche questa figura giuridica come contratto reale, se la *res* ha in essa la funzione e l'effetto che in generale ha nei contratti riconosciuti come reali?

(2) Ciò non afferma l'ADLER, ma implicitamente lo riconosce dal momento che istituisce un raffronto della realità colla condizione e colla presupposizione.

(3) Nei contratti dichiarati reali dalla legge si avrebbe una *condicio juris*.

(4) La più rilevante differenza, ad esempio, egli trova in ciò che mentre nel contratto reale l'obbligo non sussiste prima della prestazione di cosa, nel negozio condizionato l'obbligo esiste fin da principio. Ora l'ADLER non dice di quale obbligo intenda parlare: che se con esso volesse intendere il rapporto giuridico, v'ha chi afferma (WENDT, *Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft*) nel negozio condizionato esservi due rapporti giuridici affatto diversi, come infatti si hanno nel contratto reale, cui precede un contratto preliminare; se poi intendesse parlare di quegli obblighi negativi che ha il debitore anteriormente all'avverarsi della condizione, si obietta che essi non possono esistere nella condizione potestativa. Ancor meno concludente è poi il criterio discretivo della retroattività.

(5) Op. cit., pag. 14. È curioso che lo stesso autore parlando altrove (pag. 86) del contratto automatico in genere lo qualifichi come bilaterale « zweiseitige ».

Infatti la riconoscibilità loro è ricercata in una esteriorità, l'esistenza dell'azione; ed è naturale che questa non possa sussistere in quei contratti in cui richiedendosi al perfezionamento l'esecuzione della prestazione di una parte contraente, l'obbligo di questa si esaurisce nel momento in cui il contratto si perfeziona. Così è della definizione che il nostro codice dà dei contratti bilaterali (1) da cui sono evidentemente esclusi tutti i contratti reali. Ma già il Gabba (2) rilevò come quella definizione, creata unicamente per l'efficacia della condizione risolutiva tacita, fallisca anche a quest'intento (3), in quanto sarebbe escluso dai contratti bilaterali il mutuo feneratizio (4) cui l'equità vorrebbe applicato quell'effetto, effetto che meglio sarebbe stato ricollegare al concetto di contratto oneroso.

Se pertanto secondo la legge positiva il contratto automatico deve considerarsi unilaterale, ciò non esclude che esso possa contenere e generalmente contenga un rapporto sinallagmatico (5).

Saranno ora brevemente applicati i principii fin qui posti alla risoluzione delle principali controversie cui può dar luogo l'uso di un automa.

Potrebbe darsi anzitutto che all'*jactus* della moneta prescritta, eseguito nel modo indicato dall'espositore, non succeda l'esecuzione della contro-prestazione. Agli effetti lo Schiller (6) distingue due casi secondo che l'espositore abbia revocato manifestamente l'offerta, oppur no; e sia qui notato che, se l'espositore può a piacimento revocar l'offerta, affinchè la revoca sia efficace, deve esser pubblica, ossia manifestata in modo che chiunque possa prenderne notizia. Ove tale essa sia è evidente che l'*jactus pecuniae* non può considerarsi come atto di accettazione perfezionativo del contratto, perchè fatto correlativamente ad un'offerta che non esiste. Non vi sarà adunque un contratto, nè per conseguenza azione alcuna nascente da contratto; ma poichè la prestazione fatta dall'utente costituisce per l'espositore un ingiusto arricchimento, questi sarà obbligato a restituirla ed in correlazione spetterà all'*jactans* la *condictio sine causa.*

Se la revoca non fosse fatta pubblicamente e l'apparecchio non funzionasse, potrebbe ciò dipendere o da esaurimento della provvigione (7) o da guasto. Nel primo caso lo Schiller (8) ammette l'esistenza del contratto, e quindi concede all'*jactans* una

(1) Art. 1099.

(2) In *Giur. ital.*, 1896, I, Sez. I, col. 198. Secondo il Gabba il concetto di contratto bilaterale quale si trova nel nostro codice coinciderebbe con quello di consensuale oneroso, per cui il consensuale gratuito, ed il reale, gratuito ed oneroso sarebbero unilaterali.

(3) Ciò fu già rilevato dal Toullier, *Dir. civ. franc.*, vol. III, pag. 366.

(4) E, aggiungo io, tutti i contratti reali sinallagmatici.

(5) Così anche Messina, op. cit., pag. 143, nota 3. Anche i contratti innominati romani, che pur erano reali, contenevano un rapporto sinallagmatico.

(6) Op. cit., pag. 63.

(7) Negli apparecchi più perfezionati tale inconveniente viene eliminato, in quanto che viene automaticamente avvisato il pubblico dell'esaurimento, oppure la moneta gettata viene respinta.

(8) Op. cit., pag. 66.

actio ex empto, ex locato, ecc. ed un diritto al risarcimento dei danni. Coerentemente alla costruzione fatta io non ammetto in tal caso l'esistenza dell'offerta (1) e quindi nego possa esser efficacemente accettata (2). Quindi un'azione contrattuale non potrà spettare all'*jactans*, non potrà cioè egli pretendere la controprestazione, ma avrà a suo favore la *condictio sine causa.* Quanto all'azione in risarcimento essa potrà ammettersi non sulla base di inadempimento del contratto, ma sulla colpa extracontrattuale di cui potrebbe esser responsabile l'espositore che non si curasse di render noto pubblicamente l'esaurimento dell'offerta, onde la misura di quell'azione sarà data dall'interesse negativo del contratto.

L'altro caso che lo Schiller (3) unifica al precedente, e che nondimeno non vi si può comprendere secondo la costruzione da me fatta, è quello in cui l'apparecchio non funzioni per guasto. In tal caso l'offerta esiste efficacemente, e quindi il contratto viene a perfezione; onde spetterà all'*jactans* l'azione del contratto in adempimento, ed ove questo non possa conseguirsi, la *condictio causa data causa non secuta,* ma non l'azione in risarcimento, per il principio sancito all'art. 1126 cod. civ. Anche qui potrebbe l'espositore incorrere in colpa, ove pur conoscendo il guasto trascurasse di rimediarvi o di revocare pubblicamente l'offerta.

Se la natura dell'automa, richiedendo l'anteriorità della prestazione dell'oblato, assicura all'offerente l'esecuzione della stessa, presenta d'altra parte il grave inconveniente di poter render vano l'effetto economico cui mira l'espositore, in quanto che l'apparecchio funzionerà anche dietro l'*jactus* di moneta falsa o di altro qualsiasi oggetto che risponda ai requisiti di peso e volume atti a farlo funzionare. L'espositore, è vero, troverà più efficace in tal caso l'esercizio dell'azione penale; ma non può essergli preclusa un'azione civile. Su che sarà questa fondata? Il Günther (4) e lo Schiller (5) escludono possa in tal caso venire a perfezione un contratto, poichè non si avrebbe accettazione valida in quanto questa non corrisponderebbe alla volontà dell'offerente; s'è visto infatti come non solo questi richieda l'attitudine della moneta a porre in funzione l'apparecchio, ma

---

(1) Così anche NEUMOND (op. cit., pag. 191); RICCA-BARBERIS (op. cit., pag. 359) e GÜNTHER (op. cit., pag. 21). La contraddizione che lo SCHILLER (pag. 64, 65) vuol rilevare in quest'ultimo autore è soltanto apparente; quando GÜNTHER parla di un'*actio ex empto* in relazione al non funzionare dell'apparecchio, intende riferirsi al caso in cui l'espositore lasci vuoto l'apparecchio per ingannare gli utenti.

(2) Diverso è il caso se l'apparecchio viene dall'espositore lasciato vuoto *ad intentionem.* GÜNTHER e SCHILLER ammettono che un contratto si perfezioni. NEUMOND invece respingerebbe la possibilità del contratto in dipendenza della costruzione secondo cui l'offerta sarebbe collegata al riempimento dell'apparecchio, e quindi all'esistenza in esso di oggetti offerti. Eppure una dichiarazione di volontà esiste effettivamente; solo che essa è viziata da dolo; non v'è quindi ragione di sovvertire il principio di diritto che ricollega al dolo l'effetto della nullità e non quello dell'inesistenza.

(3) Op. cit., pag. 66, nota 2.

(4) Op. cit., pag. 27.

(5) Op. cit., pag. 74-75.

anche, e principalmente, che essa rappresenti il valore prezzo dell'oggetto offerto. All'espositore spetterà quindi una *condictio sine causa* per ottenere la restituzione dell'oggetto, ed ove questa non possa più ottenersi, e nel caso di servigio, il valore dell'oggetto consegnato o del servigio prestato.

CAPITOLO IV.

I singoli contratti automatici.

Come s'è detto, l'automa non è che un mezzo per concludere contratti, paragonabile al *nuntius* solo in quanto questo non fa che trasportare la parola dal mittente al destinatario. Si sono distinti gli automi secondo il carattere esteriore della prestazione in automi che trasmettono oggetti ed automi da servigi; s'è detto non esser questa una distinzione giuridica, poichè non ha riguardo al carattere giuridico della prestazione. Non è possibile determinare *a priori* tutte le diverse specie di contratti alla formazione dei quali è applicabile l'automa: più frequentemente si parla di contratti di compra-vendita, locazione ed assicurazione. Dovranno essi equipararsi ai contratti omonimi che hanno nel codice regole speciali, sebbene ne differiscano, come s'è visto, per il modo di formazione? (1). A me pare di dover rispondere affermativamente, in quanto che:

1.° in essi si riscontrano tutti gli estremi di quelli;

2.° l'automa considerato come mezzo alla conclusione di contratti non può dar vita a speciali contratti, come non hanno uno speciale carattere quelli conchiusi per rappresentante, per lettera, per *nuntius*, per telefono, ecc.;

3.° se alcune regole nel codice fissate per i contratti ordinari di compra-vendita, locazione, assicurazione non sono applicabili agli automatici, esse sono quelle che ne concernono lo speciale modo di formazione, non quelle che ne riguardano l'intima essenza.

Accennerò brevemente ad alcune questioni e caratteri singolari che presentano i contratti automatici di locazione e di assicurazione.

Locazione. — Danno luogo a questo contratto gli automi destinati ad eseguire servigi vari in corrispetttivo della moneta richiesta. Si fa questione se si abbia una locazione di cose o di opere.

Parrebbe già dalla definizione, poichè vi si parla di servigi, trattarsi di locazione di opera. Si obietta però che oggetto del contratto deve considerarsi non il prodotto dell'automa, ma l'au-

---

(1) Il Coviello L. (op. cit., pag. 103) ritiene che i contratti reali per volontà delle parti non siano quelli dalla legge disciplinati, nè che quindi possano ad essi applicarsi le norme proprie di questi. Io non ammetto ciò partendo dal principio che le parti contraenti non mirano a conchiudere quello speciale negozio dalla legge regolato, ma piuttosto all'effetto economico che vogliono conseguire.

toma stesso, e certo, contro quanto pensa lo Schiller (1), vi concorrerebbe, almeno nella generalità dei casi, l'elemento del possesso o della detenzione essenziale per la locazione di cose, sebbene per quel tempo minimo necessario per l'esecuzione delle prestazioni reciproche. Ma se l'automa stesso fosse l'oggetto del contratto (2), tale dovrebbe considerarsi anche in tutti gli altri contratti, nè oggetto di questi sarebbe più la prestazione materiale od immateriale che l'automa è destinato ad eseguire; costruzione questa che, ammesso pure che fosse possibile, peccherebbe di soverchia artificiosità

Contro l'ipotesi della locazione d'opera potrebbe addursi la mancanza di un elemento di questo contratto, la persona cioè che presti la sua opera, poichè tale non può considerarsi l'automa stesso; ma giustamente oppone lo Schiller che locatore è l'espositore (3), e come questi può far eseguire la prestazione promessa da un compagno, così può egualmente servirsi dell'automa. Del resto niente vi ha di singolare poichè siamo nel caso di una *locatio operis* e non di una *locatio operarum* (4); la differenza che intercede fra queste due specie di locazioni è che nella seconda v'è una persona che obbliga le opere proprie a servizio altrui, mentre nella prima v'è una persona che si obbliga di eseguire un'opera; che poi questa venga prestata da una terza persona o da una macchina è indifferente per il contratto: elementi costitutivi di questo sono: l'oggetto, ossia le opere, non per sè stesse, ma come effetto cui mira il conduttore; il prezzo rappresentato dalla moneta richiesta al funzionamento dell'apparecchio; il consenso, ossia l'accordo fra offerente (locatore) e utente (conduttore).

Vi sono tuttavia automi che rendon possibile una vera locazione di cose; quelli ad esempio per cui si offre al passeggiero una seggiola, o allo spettatore un binoccolo. Qui non è l'automa stesso obbietto del contratto di locazione, ma la seggiola, il binoccolo di cui l'utente ha la detenzione, finchè se ne serve, ad esclusione di ogni altro.

Assicurazione. — Un vero interesse giuridico-pratico presentano quegli automi che trasmettono all'accettante una polizza di assicurazione contro le disgrazie accidentali di viaggio. Si dà vita per mezzo di essi ad un contratto di assicurazione, in cui, ove concorra il primo elemento essenziale quale è, secondo il Vivante (5), quello di un'impresa assicuratrice, v'ha pure il rischio

(1) Op. cit., pag. 53.

(2) Non escludo tuttavia che in qualche caso l'automa possa ad un tempo considerarsi come mezzo ed obbietto del contratto di locazione (locazione di cose: v. più avanti).

(3) Op. cit., pag. 54. Certo inavvertitamente a pag. 52 egli designa come locatore l'utente.

(4) Nondimeno è possibile anche una *locatio operarum*, un contratto cioè in cui locatore sia l'utente e conduttore l'espositore. Esso si ha in quegli automi, l'esistenza dei quali è affermata dal BIERMANN (op. cit., pag. 293), che dietro un certo lavoro eseguito dall'utente ne trasmettono a questi il prezzo.

(5) Op. cit., pag. 317.

della persona viaggiante ed il premio rappresentato dalla moneta introdotta nell'apparecchio automatico.

Come tale pertanto, e per le ragioni altrove accennate, il contratto automatico di assicurazione va anzitutto soggetto alle regole fissate nel codice di commercio sulle assicurazioni in generale. Ma oltre queste, ed oltre le norme comuni ai contratti automatici in genere, esso richiede ancora alcune norme speciali.

In linea generale è da rilevarsi come il carattere economico dell'automa e la esiguità dell'interesse in confronto alle ordinarie assicurazioni siano causa di una semplificazione e riduzione delle norme di diritto che cautelano queste ultime. Così la proposta, anzichè partire dall'assicurando, parte dall'impresa assicuratrice, la quale offre la conclusione del contratto a condizioni fisse, con rischi determinati, con premio unico a quelle persone che correranno quel particolar rischio (1). Mentre nell'ordinario contratto di assicurazione la proposta stampata emessa dall'impresa assicuratrice deve considerarsi come un invito a fare offerte, di modo che solo queste ultime contengono tutti gli elementi del contratto di assicurazione, nel caso nostro questi elementi sono già contenuti nella proposta dell'impresa assicuratrice, onde non resta alla perfezione del contratto che l'accettazione dell'assicurando manifestata nel pagamento del premio. Si rendono quindi inutili tutte quelle norme che riguardano la dichiarazione dell'assicurando, consistendo questa in un semplice assentimento, la interpretazione del quale non può riuscir dubbia.

Quanto al carattere di realità proprio del contratto automatico di assicurazione si osservi che, se il contratto ordinario di assicurazione è secondo la legge consensuale, pure afferma il Vivante che i contraenti « potrebbero convenire che la perfezione ne sia fatta dipendere dalla consegna della polizza o del pagamento del primo premio » (2). Nel nostro caso appunto la perfezione è fatta dipendere dal pagamento del premio.

Ma il contratto automatico di assicurazione richiede una deroga al principio comune ai contratti automatici in genere, secondo cui questi si perfezionano coll'*jactus pecuniae* dell'utente; deroga conseguente dalla necessità di stabilire l'identità dell'accettante allo scopo di evitare le frodi. Perciò la perfezione del contratto viene differita al momento in cui l'accettante, che è già in possesso della polizza trasmessagli dall'automa, scriverà su questa il proprio nome. È questa una condizione essenziale per l'esistenza del contratto, dichiarata in ciascuna polizza, con cui, dice lo Schiller (3), l'impresa assicuratrice « vuole stabilire la intrasmissibilità della polizza per impedire l'abuso che potrebbe al riguardo esercitarsi. Data questa condizione deve importare ad ognuno che abbia interesse ad una pretensione contro l'assi-

(1) Come tale va compreso fra i contratti obbligatori nella distinzione del Vivante, op. cit., pag. 344, n. 1339.
(2) Op. cit., pag. 340, n. 1334.
(3) Op. cit., pag. 58-59.

curatore il porre la propria firma sulla polizza tosto che sia possibile ».

Una deroga alle norme proprie dei contratti di assicurazione ordinari è richiesta nel nostro dall'ignorare l'impresa assicuratrice la persona che ha accettata la sua offerta; onde la necessità di richiedere l'esibizione della polizza. Mentre questa nei primi è richiesta come prova dell'esistenza del contratto, che non esclude altri mezzi di prova (1), nel contratto automatico di assicurazione è essenziale all'esistenza del contratto: « il possesso di essa è la presupposizione giuridica per poter far valere la ragione risultante dalla polizza: questa è una carta-valore (*Werthpapier*) » (2).

Dott. Cicu Antonio.

UN CASO DI UCCISIONE

PER DIFESA DEL PUDORE MULIEBRE

nel medio evo.

Era la mattina del 2 settembre 1331, di lunedì; nel palazzo del Comune di Treviso sedevano, come di consueto, al *banco del malefizio*, il *nobile e potente cavaliere* Pietro Dal Verme di Verona, *onorando* podestà della città e del distretto, il *sapiente e discreto* Bonsignorio Da Braido, pure di Verona, suo giudice ed assessore deputato *ai malefizî* e i due *Signori ai malefizî*, Bono Millemarche e Pietro da Cividale di Belluno. Era giunto in quel momento un messaggio dalla villa di Casale (1) che annunciava un gravissimo fatto di sangue avvenuto in quel territorio.

Da alcuni giorni a Casale era stata segnalata la scomparsa di ser Rainaldo fu Giacomo. Lo si era visto, la domenica del 25 agosto, nella frazione di Castradella, avviarsi da solo verso la casa dei coniugi Gerardino di Pietro *da Campo de lova* e Palma fu Antonio *da Corte*, suoi nipoti, posta fuori dell'abitato in aperta campagna, proprio nelle ore in cui Gerardino era assente.

Ser Rainaldo era conosciuto come un incorreggibile donnaiuolo. Se si trovava a quattr'occhi con una donna, si poteva scommettere che non avrebbe esitato un solo istante a metterne a dura prova l'onestà; ben provveduto di mezzi di fortuna, non gli mancavano seri argomenti per tentare di fare breccia nel cuore delle più ritrose, con qualche speranza di successo. Ma quella volta, chi la sapeva lunga, aveva scrollato il capo; Palma, la bella nipote, non era come molte altre; ser Rainaldo avrebbe

---

(1) Vedi Vivante, *Ist. di dir. comm.*, pag. 213, n. 112.
(2) Schiller, op. cit., pag. 58.
(3) Ora Casale sul Sile, a dieci chilometri dalla città di Treviso.

trovato pane per i suoi denti, sarebbe tornato indietro scornato, come i pifferi di montagna.... Invece non lo si era visto ritornare!

All'indomani si fece un gran discorrere in paese della sua improvvisa ed inesplicabile scomparsa. I comuni parenti e gli amici ne chiesero conto a Gerardino. Questi cadde dalle nuvole; era un pezzo che lo zio non si faceva vedere; del resto non gli rincresceva affatto che quel cattivo arnese stesse fuori dei piedi Colle donne non si sa mai!... Si può bene avere per moglie una virago che se sta al suo posto, sa tenere in riga anche voi... e come! Ma già le tentazioni sono sempre tentazioni e l'occasione fa l'uomo ladro.

Eppure, si insisteva nei giorni successivi dal meriga e dal giurato della villa, tu hai un bel dire di non ne saper niente. Domenica, ser Rainaldo è stato in tua casa; ci sono testimoni che l'hanno visto nelle ore vespertine, quando tu eri all'osteria cogli amici, infilare da solo la stradicciuola che fa capo alla tua casa, e guardarsi d'attorno quasi temesse di essere osservato; c'è perfino chi giura e spergiura di averlo visto entrare.... e Palma non ti ha detto niente? Già se è vero che non ti ha detto nulla, quella donna avrà le sue ragioni di starsene zitta.... Decisamente qui c'è sotto un mistero; Palma deve sapere che cosa ne è avvenuto di ser Rainaldo.

Il meriga ed il giurato fecero conciliabolo cogli anziani del paese; fu decisa una spedizione alla casa di Gerardino.

Palma, interrogata dal meriga, arditamente negò tutto; si mostrò offesa si sospettasse ch'ella riceveva in casa, ad insaputa del marito, quel poco di buono dello zio ser Rainaldo. Intanto che dal meriga si teneva a bada nel cortile la donna ed il marito, il quale, sospirando, cominciava già a dubitare in cuor suo che Palma ne avesse fatta qualcuna di grossa, il giurato ed altri villici perlustravano come segugi, la casa, il fienile e la stalla. Ad un certo punto vi fu chi, frugando nel ripostiglio della spelta, vi pescò un cappuccio che fu tosto riconosciuto per quello che ser Rainaldo portava la domenica del 25 agosto. Il cappuccio passò in mano al meriga, il quale domandò a Gerardino e a Palma se avevano ancora il coraggio di negare che ser Rainaldo fosse stato in casa loro.

Ormai non vi era dubbio che lo avevano ammazzato e che avevano fatto scomparire il cadavere. Ma, in nome di Dio, esclamava il meriga, dove lo avete sotterrato?

Gerardino continuava a cadere dalle nuvole e, battendo palma a palma e fissando gli occhi sgomenti su Palma, protestava la sua innocenza. Palma, più gravemente indiziata del marito, stretta dalle domande del meriga e del giurato, non potè più contenersi e, dando in uno scoppio di furore e di pianto, narrò con voce spezzata e convulsa i particolari del caso miserando.

— E il cadavere? chiese di nuovo il meriga.

— Il cadavere è... nel porcile!

La comitiva corse subito al porcile; poche badilate di terra

e di letame bastarono a mettere allo scoperto il cadavere che giaceva ripiegato su sè stesso, con indosso ancora i suoi panni, in una buca profonda appena mezzo metro. Estratto dalla fossa e portato all'aperto, gli astanti, inorriditi, riconobbero il povero ser Rainaldo col capo e gli abiti lordi di sangue ed una larga e profonda ferita alla tempia sinistra. Il caso era orribile in sè stesso; più ancora, se possibile, per la sorte riserbata a colei che ser Rainaldo aveva inconsciamente destinata vittima del proprio libertinaggio.

Preoccupati il meriga ed il giurato delle gravi responsabilità cui sarebbero incorsi se avessero tardato a dare notizia della fatta scoperta al podestà di Treviso, si affrettarono a spedire un messaggio per informarlo dell'accaduto, annunciando che quanto prima sarebbero comparsi personalmente a consegnare Palma nelle mani della giustizia.

È probabile che l'informazione sia stata data per iscritto, perchè nell'aprire tosto l'inquisizione, il podestà, l'assessore e i due *Signori ai malefizî* esposero sommariamente sì, ma con sufficiente precisione i particolari del fatto; trascurarono però di riferire le circostanze che avrebbero potuto se non giustificare del tutto — dati i costumi e le idee del tempo — l'azione di Palma, almeno attenuare di assai la sua responsabilità. Lo spirito ostile all'inquisita solo perchè tale, da cui erano animati quei giudici, si tradisce in questa prima loro reticenza.

Secondo l'atto d'inquisizione, Palma aveva ucciso ser Rainaldo « *pensate, maliciose, dolose ac iniquo modo et animo, spiritu dyabolico instigata* ». Sono le solite frasi che si leggono nei processi e nelle sentenze medioevali per omicidi o gravi ferimenti; frasi fatte del formolario notarile, che però, forse in nessun caso come in questo, urtavano in modo tanto rivoltante colla verità e colla buona fede. Palma adunque aveva, « *pensate, maliciose*, ecc. », con un grosso tizzone acceso, colpito alla tempia sinistra ser Rainaldo così forte da ammazzarlo sull'istante; trascinato per i piedi il cadavere nel porcile e scavata una fossa, lo aveva seppellito, coprendo la fossa con terra e letame.

Questo il fatto nudo e crudo, per il quale il podestà, l'assessore e i *Signori ai malefizî* dichiaravano di voler procedere d'ufficio contro Palma e contro le altre persone che eventualmente si fossero rese complici del delitto; un omicidio doloso, senz'altra causa o motivo determinante all'infuori della brutale malvagità, commesso da una donna nella persona di un suo zio!

All'indomani, 3 settembre, giunse a Treviso, sotto buona custodia, Palma che fu tosto presentata in giudizio avanti il podestà ed il suo assessore. Letto e volgarizzatole l'atto d'inquisizione, essa, previo giuramento, *confessò* — secondo si legge nella prima parte del suo costituto — che tutte le cose esposte in quell'atto rispondevano a verità.

Dobbiamo essere grati ai giudici e al notaio verbalizzante Enrico di Roberto da Colmirano, ch'essi questa volta non si siano accontentati, come spesso avveniva e non di rado avviene anche

oggidì per male inteso amore di brevità, di sostituire, alla fedele riproduzione delle risposte dell'inquisito, il proprio apprezzamento sulla portata giuridica delle risposte medesime qualificandole come inducenti piena ed incondizionata confessione; ed abbiano invece fatto seguire all'accennato apprezzamento, quanto mai erroneo, il racconto del caso atroce, esposto dalla donna colla semplicità ed innata energia di linguaggio, propria di una povera campagnuola, incapace d'infingere o di colorire artificiosamente le sue parole.

Parlò adunque Palma avanti i suoi giudici presso a poco nei seguenti termini:

« Quella domenica io era sola in casa, quando venne a trovarmi ser Rainaldo. Egli mi pregò di consentire alle sue voglie, ed insistette vivamente più e più volte, non ostante le mie sdegnose ripulse; e poichè prometteva che se avessi ceduto non mi avrebbe mai lasciato mancare nulla, indispettita lo rimbrottai esclamando: *Oh! barbano! voi siete l'uomo del diavolo! ma siete pazzo a venire a tentare queste cose?* — Vieppiù eccitato, mi si fece addosso e, afferratami colle braccia attraverso la vita, tentò di atterrarmi. Con uno sforzo riuscii a svincolarmi dalle sue strette; in pari tempo mi chinai sul focolare e, dato di piglio ad un grosso tizzone acceso, mi volsi contro di lui e gli assestai un colpo alla tempia sinistra. Perdendo sangue dalla ferita ser Rainaldo stramazzò a terra fulminato. Nel timore di venire scoperta ed arrestata pensai di far scomparire il cadavere. Lo trascinai per i piedi nello stabiolo dei maiali e, scavata una buca alta mezza gamba, lo sotterrai colmando la buca con letame e terra. Rientrata in casa raccolsi dal suolo il cappuccio che durante la colluttazione gli era caduto dal capo, e lo nascosi nel ripostiglio della spelta ».

Iniquamente, in questo racconto, si volle dai giudici ravvisare la piena confessione di Palma, di avere volontariamente e con prava intenzione ucciso ser Rainaldo, e poichè la confessione è la regina delle prove, i giudici, consolandosi reciprocamente perchè Palma, confessando, aveva reso più facile e spedito il loro còmpito, trovarono che non c'era bisogno d'altre prove; fregandosi le mani, con mal celata letizia, si ripetevano a vicenda: *habemus confitentem reum!* — Solo per soddisfare alle esigenze formali della legge, il podestà e l'assessore assegnarono a Palma tre giorni di tempo perchè provvedesse — se credeva — alla propria difesa, disponendo che frattanto fosse sostenuta nelle carceri del Comune. Veramente il termine concesso dagli statuti di Treviso (1) all'accusato od inquisito per provare *quicquid voluerit in sua defensione* sarebbe stato di quindici giorni; di fronte però ad una confessione giudiziale, fatta spontaneamente nel primo costituto, senza che per ottenerla vi fosse stato bisogno di qualcuno di quegli argomenti cui si ricorreva, come

(1) L. III, Tr. I, R. VIII del testo allora vigente (c. 181 dell' edizione del 1574).

dicevano i pratici, *ad extorquendam gratiose veritatem*, era a dubitarsi che lo statuto dovesse in questa parte trovare applicazione; nel dubbio i giudici vollero avere l'aria di essere longanimi e generosi, perchè non si dicesse che avevano avuto fretta di proferire la sentenza.

Il giorno dopo Palma fu condotta di nuovo al *banco del malefizio*, innanzi al solo assessore Bonsignorio. Il podestà ne aveva avuto abbastanza del costituto del giorno precedente; il caso era ormai liquidato, non si trattava più che di semplici formalità di procedura, e di... polvere per gli occhi del pubblico. Palma giurò, *tactis scripturis*, di dire la verità; lettole in volgare l'atto d'inquisizione e la pretesa sua confessione, essa, sotto il vincolo del prestato giuramento, dichiarò di *perseverare* nella confessione stessa, nuovamente esponendo e *confessando* tutte e singole le cose contenute nell'atto inquisitorio e nel costituto che diceva essere conformi a verità. Dopo di che l'assessore le confermò il termine dei tre giorni e la rimandò nelle carceri.

Il processo era terminato; al terzo o quarto giorno Palma, che nel frattempo non aveva indotto alcun testimonio a sua difesa, veniva per l'ultima volta condotta nel palazzo del Comune, per assistere alla pubblicazione della sentenza proferita in nome del podestà.

In margine del processo si legge: *Condemnata dicta Palma ad comburandum.* La sentenza condannava Palma a morire sul rogo!

Non vi è dubbio che la condanna ebbe pronta esecuzione. Gli statuti non ammettevano l'appello contro le sentenze del podestà in materia criminale (1). Alle sentenze di morte, quando il colpevole si trovava nelle mani della giustizia, si dava immediata esecuzione(2); solo più tardi, quando sorsero i pii sodalizi, aventi per iscopo di confortare i giustiziandi, s'introdusse la pratica di concedere al condannato tre giorni perchè potesse riconciliarsi l'anima con Dio e prepararsi alla morte.

Noi possiamo quindi pensare all'orribile spettacolo offerto alla popolazione dai magistrati del Comune. Pronunciata la sentenza, Palma venne consegnata ai *militi* e alla *famiglia* del podestà; presa in mezzo la rea donna, il triste corteo uscì dal palazzo e si avviò seguìto da largo codazzo di curiosi d'ambo i sessi, in cui abbondavano le meretrici, i lenoni e i *male-signati*, fuori delle mura, nel luogo consueto ad un miglio dalla città, ove erano stabilmente piantate le forche (3).

Pochi minuti bastarono ad erigere una catasta di legna sottile, di scheggie e di secchi ramoscelli. Sulla catasta salì Palma colle braccia legate dietro le reni, o la portarono di peso i manigoldi; una nuvola di fumo l'avvolse nelle sue spire; grida acutissime e strazianti di dolore si fecero sentire per brevi istanti...

---

(1) L. III, Tr. II, R. XXV.
(2) Alberto de Gandino, *De poenis reorum*. n. 49.
(3) L. III, Tr. IV. R. III.

poi più nulla; tutto era finito. La giustizia umana era soddisfatta!

Forse mentre quell'infelice esalava l'estremo anelito, il bel tramonto dei primi giorni di settembre tingeva di sanguigna luce i caldi vapori del cielo e le tremule cime delle quercie e dei faggi delle vicine foreste. Forse nel fare ritorno alla città qualcuno di quei *militi* — non il popolaccio che aveva assistito crapulando ed oscenamente sghignazzando alla lugubre chiusa del dramma — si sarà in cuor suo domandato se quella di cui era stato ministro, era proprio giustizia, se Palma, anzichè l'onta dell'estremo supplizio, non avrebbe meritato un premio per la virile energia dimostrata nel difendere la sua pudicizia, l'onore suo e del marito contro un sozzo e spregevole libertino.

Il severo lettore non vorrà farci il viso dell'armi se ci siamo permessi di colorire, a guisa di racconto, il processo di Palma. In fine del nostro articolo esso troverà il testo degli atti della breve procedura, quali furono da noi rinvenuti nell'archivio notarile di Treviso in un quaderno del notaio Enrico di Roberto da Colmirano destinato, insieme ad altri cinque suoi colleghi, quale *scriba* al *banco del malefizio,* nei mesi di agosto, settembre ed ottobre del 1331. Vedrà il lettore che nulla di sostanziale noi abbiamo aggiunto a quanto le carte ingiallite del quaderno ci hanno tramandato alla distanza di oltre cinque secoli.

Perchè Palma fu condannata al rogo? Potrebbe taluno affrettarsi a rispondere che fu condannata perchè si ritenne che l'attacco al pudore di una donna non le dava facoltà di opporre la forza a difesa sino al punto di uccidere. Ma la questione è assai più complessa di quello che non apparisca a primo aspetto e merita di essere studiata con qualche riflessione.

I giudici che dannarono Palma al rogo avevano innanzi agli occhi la rubrica degli statuti del Comune (1) del seguente tenore:

« *De omicidiis et poenis eorum.*

« Statuimus, quod si quis maior quatuordecim annis aliquem interfecerit, vel interfici fecerit, quod caput eidem homicidae amputetur sine aliqua redemptione: si vero minor quatuordecim annis sit, tunc sit in arbitrio Potestatis vel rectorum, qui pro tempore in regimine civitatis Tervisii, et si plures fuerint, qui homicidium fecerint, quisque eorum puniatur, prout dictum est superius. Et haec omnia serventur, nisi essent in stormeno publico, vel se defendendo sine fraude, vel nisi casu fortuitu hoc acciderit, et sine omni fraude, et hoc notorium sit et manifestum, et fama publica in loco illo, ubi maleficium factum dicetur, et in hoc ultimo casu sit in arbitrio Potestatis vel rectorum, qui pro tempore erunt. Si vero homicida fugerit, et ad manus domini

(1) L. III, Tr. III, R. I.

Potestatis non venerit, tunc, si filios, vel filias, vel nepotes, vel neptes non habuerit, bona eius in commune Tervisii perveniant: si vero filios vel filias, vel nepotes, vel neptes habuerit, tunc podere dividatur, et bona omnia inter patrem et filios, et filias, et nepotes, neptes et alios propinquos venientes ab intestato per lineam proximitatis in capita, et pars homicidae perveniat in commune. Hoc salvo, quod si ille homicida per aliquod tempus ad manus domini Potestatis pervenerit, vel rectorum, qui pro tempore fuerint in regimine civitatis Tervisii, caput illius homicidae debeat amputari, et tunc pars bonorum homicidae, quae pervenerit in commune, in haeredes dicti homicidae debeat pervenire. Quod autem dictum est de nepotibus et neptibus descendentibus ex filiis et filiabus, locum habeat in stirpe et non in capita, et sit praecisum ».

L'inciso « *nisi essent in stormeno publico, vel se defendendo sine fraude* » si trova, salvo qualche variante di forma, in tutte le compilazioni degli statuti trivigiani giunte sino a noi, dalla prima del 1207 all'ultima del 1338 che servì per le due edizioni a stampa del 1555 e 1574.

Nel testo del 1207 (1) la frase « *nisi factum erit in stormeno tenuto . vel se defendendo . et hoc sine fraude* » sta in fine del capitolo, ove sembra fosse stata introdotta originariamente, ossia in un'anteriore compilazione degli statuti, a guisa di postilla. La pena dell'omicidio era allora il banno comunale di cento lire e più ad arbitrio del podestà o dei consoli; per postilla si aggiunsero altre cento lire da destinarsi *ad opus muri civitatis Tarvisii.* Inoltre l'omicida veniva posto con tutti i suoi beni nel *bando generale*, donde non poteva uscire se prima non aveva fatta la pace cogli aventi diritto alla composizione, salvo che il podestà o i consoli avessero imposta essi stessi la composizione e la pace con forti penali contro quella delle parti che si fosse rifiutata di stare ai loro precetti.

E a notarsi anzitutto la grande analogia dell'inciso finale *nisi factum erit*, ecc. colle leggi longobarde e carolingie (2), ove alla frase generica *se defendendo* si dava un significato più esteso di quello della difesa necessaria della persona perchè comprendeva anche gli omicidi commessi in rissa non provocata dall'uccisore, senza considerare se questi avesse o no avuto possibilità di sottrarvisi. Il concetto giuridico dello *stormeno* ossia

(1) Eccone per migliore intelligenza il testo completo: « (281) *De his qui interficiuntur.* — Si quis aliquem interfecerit. C. libras comuni pro banno solvat . [*postilla*: et alias. C. libras que debeant poni ad opus muri civitatis Tarvisii] et si plures fuerint . qui homicidium fecerint . vel opem et auxilium homicidio dederint . quisque illorum bannum. C. libras comuni solvat . [*postilla*: et alias. C. libras que debent poni ad opus muri civitatis . Tarvisii] . et tantum plus quantum potestati placuerit, et sit in banno ipse vel ipsi . de quo non exeat . nisi pacem fecerit prius cum eo ad quem spectat illud . et salvo eo . si potestas . vel consules qui fuerint pro tempore pacem inde fecerit vel fecerint . et bona ipsius sint in banno [*postilla*: et persona eius] ad voluntatem potestatis . vel consulum . nisi factum erit in stormino tenuto . vel se defendendo . et hoc sine fraude ».

(2) ROTH., 280; LIUTP., 20, 141, 280; LUD. P., 6; LOTH., 58.

della zuffa fra due fazioni cittadine che scendono sul terreno l'una contro l'altra in arme, è pur quello della rissa. Liutprando (1) aveva mantenuto per l'omicidio *se defendendo* la pena del guidrigildo stabilita dall'editto di Rotari, dichiarandolo esente dalla maggiore pena della perdita di tutti i beni a profitto metà del fisco e metà degli eredi dell'ucciso, da esso introdotta per l'omicidio doloso.

Giova inoltre considerare che da Rotari (2) si era ammessa l'impunità delle uccisioni e delle ferite commesse, nelle così dette *sedizioni rusticane*, dagli assaliti in danno degli assalitori; dopo di lui Liutprando (3) aveva esteso, con qualche modificazione, la stessa norma al caso che la sedizione fosse stata opera di una turba di donne istigate dai loro mariti. Quanto agli assalitori, Rotari voleva che soltanto il caporione « *aut occidatur aut redimat animam suam quantum adpretiatus fuerit* »; gli altri erano tenuti ad una mite composizione, metà al re e metà verso coloro ch'erano stati assaliti.

Il pareggiamento nelle leggi longobarde e franche dell'omicidio in difesa necessaria della vita all'omicidio in rissa non provocata, e le leggi surriferite in tema di sedizioni rusticane, fanno pensare che l'attenuazione della pena non rappresentasse nel primo caso un parziale riconoscimento della teoria romana del *moderamen inculpatae tutelae*, bensì rispondesse a quella stessa ragione politica che consigliava di non esacerbare con pene rigorose le passioni dei rissanti e dei partecipi ad una sedizione, spesso colpevoli gli uni non meno degli altri di attentato alla pace pubblica, e d'impedire il divampare di nuovi incendi; non senza considerare che, data la fierezza dei costumi e l'istituto della *faida*, spesso non si avrebbe saputo distinguere dove finiva la scusa della necessaria difesa dell'aggredito contro l'aggressore per cominciare quella dell'omicidio in rissa dall'uccisore non provocata; distinzioni queste cui rifuggiva la coscienza giuridica ancora bambina dei barbari, i quali guardavano più al fatto materiale, all'evento dannoso, che all'animo dell'agente.

A questi medesimi concetti sembra ispirato l'accoppiamento dell'omicidio *se defendendo sine fraude* con quello *in stormeno* dello statuto trivigiano del 1207; colla differenza però che qui l'eccezione non importava soltanto un'attenuazione della pena, ma la completa impunità dell'uccisore, così rispetto al banno come rispetto alla composizione ed al bando, senza distinguere nel caso dello *stormeno* se l'omicidio era stato commesso da taluno della parte che prima era scesa in arme o da tal altro della parte avversaria.

Coerentemente, nei due capitoli successivi (4), la punibilità dei ferimenti gravi e delle percosse si faceva dipendere dalla

(1) Liutp., 20.
(2) Roth., 280.
(3) Liutp., 141.
(4) I (282) *De eo qui aliquem magagnaverit*; I (283) *De percussis ab aliquo.*

circostanza che fossero stati commessi *iniuste*, e nei tre capitoli (1) relativi al gettito di pietre dall'alto delle torri o delle case e alle uccisioni commesse in tal modo, havvi infine per postilla la frase: « *nisi ad sui tuitionem hoc fecerit . et hoc sine fraude* ». Alle necessità della difesa dell'ordine pubblico seriamente compromesso dai così detti *stormeni* e dal porto di armi pericolose alla incolumità personale, provvedono altri capitoli; era stabilito contro i primi dieci promotori di uno *stormeno* il banno di lire 25 e più ad arbitrio del podestà o dei consoli (2), e di soldi 100 contro tutti coloro che vi accorrevano in arme (3); il porto di armi proibite in città e fuori era punito col banno di lire 6 o 3, secondo che l'accusato era cittadino o nobile, borghigiano o rustico (4), e la pena contro gli omicidii con armi proibite era aumentata a lire 150 (5).

Parrebbe adunque che non vi dovesse essere una via di mezzo: o la condanna alla multa e al bando quali erano stabiliti per l'omicidio, o l'assoluzione; salve le penalità speciali per il porto d'armi e per lo *stormeno*, qualora l'uccisione fosse avvenuta in un tumulto popolare o con armi proibite. In pratica noi crediamo però che qualche parte si fosse ben presto cominciato a fare al prudente arbitrio del giudice; si dovevano verificare dei casi in cui era difficile determinare quale dei rissanti era stato il provocatore e quale il provocato, o l'accusato non era in grado di dare una prova rigorosa dell'aggressione od insulto subito ad opera dell'interfetto. In questi casi, non potendosi nè volendosi nel dubbio applicare le penalità normali dell'omicidio doloso, nè d'altra parte arrivare fino all'assoluzione, è probabile si ricorresse dal giudice al temperamento di applicare un banno inferiore a quello statutario.

Una carta del 1210 dell'archivio capitolare di Treviso (6)

---

(1) I (284) *De illis qui lapidem de turri proiecerint*; I (285) *De eo qui aliquem de turre interfecerit*; I (286) *De eo qui lapidem de domo [solerata] proiecerit.*

(2) I (297) *De eo qui storminum inceperit.*

(3) I (298) *De eo qui ad storminum currit.*

(4) I (326) *De armis vetatis non ferendis.*

(5) I (328) *De percussis cum gladio vetito factis.*

(6) Eccone il testo: « Queritur a testibus qualiter sciunt ea que dixerint et dixerunt quod dominus G. quondam potestas Tarvisii condempnasse Martinellum de Resio in quinque libras denariorum dari comuni Tarvisii et Massario pro morte q. Girardi de mantuano, qualiter... et quando interfuit et quot testes ad huic condempnationi (*sic*) interfuerunt . et quo loco et die et qua ora diei et quo mense et si fuit hec condempnatio in domo comunis vel extra et conscilio quorum hec condempnatio facta fuit et si Martinellus presens fuit et si Massarius erat presens et si isti testes . si Madius et Wilfredus iudex et alii qui erant sub illo G. potestate Tarvisii dederunt consilium huic condempnacioni et quare dederunt consilium et ex qua causa condempnatus fuit Martinellus et si illa condempnatio fuit sentencia et si in scriptis vel sine scriptis et si Martinellus citatus fuit ad causam . et si sciunt quod pignora que fuerunt data comuni pro Gerardo de mantuano pro vulneribus que fecerat Martinello de Resio fuerunt condempnata et illi qui illa dederunt seu illi qui pro illo Gerardo iuraverunt in C. libris pro vulneribus quos idem Gerardus illi Martinello fecerat vel si hoc credunt vel audire dici vel si de hoc est publica fama. — Item si dictus quond . potestas predicta et consules qui erant sub illo tempore habuerunt pro firmo quod vulnere quod Martinellus illi Gerardo fecit, mortuus est et mortuus fuit et quod clarum fuit et probatum potestati per manifestacionem et confessionem Martinelli et aliorum testium . silicet quod idem Gerardus pro vulnere quod dictus Martinellus

getta molta luce sulla pratica che si seguiva nell'applicare i banni in tema di omicidi e di ferimenti. Contiene un questionario proposto per i testimoni che tal Martinello da Resio voleva far sentire intorno alla condanna proferita contro di lui dal podestà Grimerio Visconti (1208-1209) al banno di cinque lire *pro morte q. Gerardi de Mantuano*. Martinello instava perchè i testi dicessero — come, quando e dove il podestà aveva pronunziata la sentenza e alla presenza di quali persone — se nel palazzo del Comune o fuori, e col consiglio di chi — se esso Martinello era presente — se i giudici ch'erano in carica sotto Grimerio furono consultati — quale consiglio avevano dato — se la sentenza era stata proferita *in scriptis* o *sine scriptis* — se il podestà e i suoi consoli ritennero che Gerardo era morto per la ferita infertagli da Martinello, — se ciò risultava dalla confessione sua e dal deposto di testimoni — che cosa si conteneva in questa sua confessione — quante e quali ferite aveva riportate Gerardo — quali testimoni avevano affermato che il medesimo era stato percosso da Martinello — che cosa avesse dichiarato lo stesso Gerardo — se era consuetudine che le sentenze si pronunciassero *palam* nel palazzo del Comune — se Grimerio, quando la pronunciò, ingiunse con giuramento ai consoli e al notaio di non farne parola con alcuno — se lo stesso podestà diceva che non imponeva a Martinello questo banno perchè fosse certo che egli aveva ucciso Gerardo — se era corsa voce che Martinello era morto per le ferite fattegli da Gerardo — se non si sapeva dallo stesso Gerardo e da altri ch'egli voleva uccidere Martinello e che di sera si aggirava in armi e stava in agguato (*waitabat*) per sorprenderlo — se era pubblica fama in città che Martinello aveva ucciso Gerardo, e come il fatto era avvenuto — che cosa è pubblica fama, e quanti testimoni la formano, e se udì dire che Martinello non lo aveva ucciso — e in fine che cosa in proposito avevano detto i principali cittadini, dei quali l'atto fa i nomi.

---

ei fecit mortuus est, qualiter scint et quid continebatur in illa confessione et ante quem illa confessio facta fuit et quot dies post vulnerem et in quo loco vulneratus fuit Gerardus et a quo et qua ora et quo mense et quantum est et per quot testes probatum fuit quod Martinellus eum percussisset et qui fuerunt illi testes et quis eos scripsit... et qualiter scivit quod ex illo vulnere mortuus est... et si plura vulnera habuit ille Gerardus et si vulneratus fuit in digite et in capite et si interfuerunt manifestacioni Martinelli et manifestacioni ipsius Gerardi. Item si scit vel credit vel audiverit dici quod tale consuetudo est in civitate ista et obtenta quod cum aliquis condempnatur quod potestas vel consules qui sunt in regimine civitatis condempnant eos qui sunt condempnati palam in domo comunis . et cum hoc condempnacio facta fuit si dictus Gri . potestas Tarvisii precepit suis consulibus et notariis pro sacramento alieni non dicerent et si illa potestas dicebat quod non accipiebat hoc bannum pro illo quod clarus esset quod Martinellus eum interfecisset et quod dicebatur. Si dictus Martinellus et publica fama erat quod mortuus erat a dicto Gerardo pro vulnereribus quas ei fecit. Item si sciunt vel credunt aut audiverunt dici ab illo Gerardo vel ab aliis quod minabatur interficere Martinellum et in sero vel seribus ibat cum armis et waitabat Martinellum et quid Martinellus et Warnerius habent in bonis. Item si dicunt quod publica fama est in hac civitate quod Martinellus interfecisset Gerardum predictum . qualiter fuit et quod est publica fama et quot testes faciunt fama et a quibus audiverint et ubi et per quot dies fuit illa fama et si audiverunt dici quod Martinellus eum non interfecit et si audivit dici ab illis de Camino et Werzone et Widone advocato, ecc. ».

Da questo lungo e artificioso questionario si raccoglie che vi era stata una rissa fra Gerardo e Martinello, nella quale entrambi erano rimasti feriti; dopo alcuni giorni, e dopo che il podestà aveva ricevute le querele di entrambi e i pegni a ciascuno di essi imposti per gli eventuali banni e composizioni, Gerardo aveva dovuto soccombere. Il podestà giudicò Martinello colpevole di omicidio e lo condannò al banno di sole cinque lire, pari a cento soldi, ch'era il banno per le ferite cruenti (1); non pose nè lui, nè i suoi beni nel bando.

È duopo credere si fosse ammesso dal giudice che veramente Gerardo aveva in precedenza minacciato ed insidiato alla vita di Martinello e che, incontratisi i due avversari in armi, si fossero azzuffati ferendosi a vicenda senza che bene risultasse quale dei due aveva menato il primo colpo. In questo stato di cose, non potendosi applicare in tutta la sua portata la discriminante compresa nella formula *se defendendo sine fraude,* parve al giudice, pur qualificando il reato di omicidio in seguito alla morte di Gerardo, sopravvenuta dopo pochi giorni, sufficiente punire Martinello col banno di cinque lire proprio delle ferite cruenti; senza aggiungervi nè l'obbligo della composizione nè il bando della persona e degli averi.

Ma non passarono molti anni che si riconobbe la necessità di meglio regolare la materia dei reati di sangue, specialmente dell'omicidio. Il banno di cento lire contro l'omicida, portato alcun tempo dopo il 1207 al doppio per favorire la fabbrica delle mura della città, parve ancora freno insufficiente ad impedire il continuo ripetersi di fatti luttuosi in sè stessi e per lo strascico di inimicizie implacabili e di vendette feroci cui davano origine. Nel tempo stesso l'inciso finale *nisi factum erit,* ecc. doveva aver fornito tema o pretesto a dubbi ed incertezze, se si dovesse cioè limitarne gli effetti al bando e alla composizione od estenderne, come a noi sembra, l'applicazione anche al banno comunale. La sentenza del podestà Grimerio che per un omicidio in rissa *se defendendo* applicò la multa delle ferite cruenti tanto inferiore a quella dell'omicidio, rappresenta appunto una via di mezzo fra i due estremi.

Si elevò adunque il banno comunale per l'omicidio semplice a lire 300 e più, e a lire 400 e più, ad arbitrio del giudice, per l'omicidio commesso con armi proibite. Quanto all'eccezione che nel testo del 1207 formava l'inciso finale, la si fece precedere dalle parole: « *Et hec omnia serventur . nisi esset in stormeno,* ecc. », per indicare che l'eccezione stessa aveva riferimento al banno, e vi si aggiunse: « *Vel nisi casu et infortunio quodam hoc acciderit et sine omni fraude . et hoc notorium sit . et publice manifestum . et publica fama in loco illo ubi homicidium factum dicitur . et in hoc ultimo casu sit in arbitrio potestatis vel consulum ordinariorum . qui pro tempore fuerint* ».

---

(1) I (283).

Si stralciò l'inciso relativo alla collocazione della persona e dei beni dell'omicida nel bando finchè non avesse fatta la pace cogli eredi dell'ucciso e se ne formò una rubrica a parte. Queste le disposizioni più importanti (1) in tema di omicidio che appariscono per la prima volta nella compilazione del podestà Cazzanimico di Bologna (1331).

Mentre adunque per l'omicidio ordinario si fissava un minimo di lire 300 di banno, per quelli commessi *in stormeno tenuto, vel se defendendo sine fraude* si confermava il principio della irresponsabilità penale e civile dell'uccisore; nel tempo stesso si abbandonava alla discrezione del giudice così l'apprezzamento sulla responsabilità dell'uccisore come la determinazione della pena, da applicarsi al disotto di lire 300 quando si trattava di omicidio involontario che poteva essere colposo.

Se raffrontiamo le rubriche degli statuti trivigiani del 1207 e del 1231 con quelle degli antichi statuti di Padova (*ante* 1236) e Verona (1228) e di altre città italiane, dobbiamo riconoscere che in questa materia le disposizioni degli statuti trivigiani si presentano coordinate ad unità di concetti giuridici e politici abbastanza progrediti, che non si riscontra altrove.

(*Continua*).

Dott. GEROLAMO BISCARO.
Giudice al Tribunale di Milano.

LO SPIRITO AFRICANO
dell'antico diritto italico

BIBLIOGRAFIA.

AMBROSCH, Quaestionum pontificalium. — BEAUNE, Droit coutumier français 1894. — BECKER, Topographie. — BOUCHÉ-LECLERCQ, Histoire de la divination dans l'antiquité. — BRÉAL, Sur l'origine des mots désignant le droit et la loi en latin in *Nouv. rev hist. d. droit*, 1883. — BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte, 1887-1892. — CARLE, La vita del diritto, 1880. Idem, Le origini del diritto romano, 1888. — COGLIOLO, Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato, 1885. — D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, Cours de droit celtique, 1895. — DARESTE, Etudes d'hist. du droit, 1889. — DEL GIUDICE, Studi di storia e di diritto, 1889. — FUSTEL DE COULANGES, La cité antique, 1895. — GLASSON, Histoire du droit et des instit. de la France, Tom. I, 1887. — HEUMANN, Handlexicon zu den Quellen des römisches Rechts, 1879. — HUSCHKE, Die Multa und das sacramentum, 1874. — JHERING, L'Esprit du D. R. — LASAULX, Ueber den Eid bei den Römern, 1844. — LEIST, Graeco-Italische Rechtsgesch., 1884. — LORET, L'Égypte au temps des Pharaons, 1889. — MARQUARDT, Le culte chez les Romains, 1889-90. — MASPERO, Histoire anc. d. peup. de l'Or. — MUIRHEAD, Storia del D. R., 1888. — PAIS, Storia di Roma, 1898. — PAUW, Rech. phil. sur les Égypt. et les Chin. — PERTILE, Storia del D. I., 1893-1900. — PICTET, Les origines Indo-Européennes. — POST, Afrikanische Jurisprudenz, 1887. Idem, Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, 1894. — PUINI, Storia della relig., 1882. — REUNIER, Inscriptions hiéroglyphiques, etc, 1888. Idem, Inscriptions inédites d'Afrique, etc.. 1887. — REVILLOUT, Cours de droit égyptien, 1884. Idem, tudes sur divers points d. dr. et d'hist. ptolemaique, 1880. Idem, La creance et le dr. comm., 1897. Idem, Les actions pub. et priv. en dr. égyp., 1896-97. Idem. Les obligations en dr. égyp., 1886. — SERGI, Arii e Italici, 1898. — SPENCER, Principes de sociologie. — SUMMER-MAINE, L'ancien droit, 1874. Idem, Etudes sur l'ancien dr. et la coutume primitive, 1884. Idem, Etudes sur les institutions primit., 1880. — TROVANELLI, Le civiltà e le legislazioni dell'antico Oriente. — THONISSEN, Études s. l'hist. d. dr. crim. de peupl. anciens, 1869. — VICO, Prima Scienza nuova. Idem, Seconda Scienza nuova. Idem, De Const. philol. Idem, Deuno univ. iure, pr. — VOIGT, XII Tafeln,

---

(1) II (308) *Primo de homicidiis*; (309) *De bannitis pro homicidio.*

Allorquando la società italica era organizzata col sistema gentilizio, che storicamente precedette quello urbano, prima che sorgesse l'idea di Stato non potevano esistere norme direttive della vita pubblica e privata, poichè la legge, come ora s'intende, presuppone un potere collettivo che domini sulle singole volontà individuali (1). È certo però che l'organizzazione gentilizia ebbe delle norme, e queste, stante il carattere speciale di essa, erano attinte direttamente ed esclusivamente alle tradizioni, che, per naturale processo, assumevano un carattere sacro e religioso e forme certe e precise. Fu questa anzi la ragione precipua per cui la società gentilizia era costretta a rimanere quasi stazionaria.

Esse si comprendevano nei tre antichissimi concetti del *Mos*, del *Fas* e del *Jus*, che in origine rivestivano carattere religioso (2).

Nè poteva essere diversamente in un popolo come l'italico che, per servirci dell'espressione del Muirhead, con gli Dei viveva e si moveva, e da essi ripeteva l'origine sua.

Questi tre concetti, che coesistevano insieme più o meno vigorosamente, a seconda dei tempi, mentre in origine rappresentavano i tre diversi stadi del pensiero giuridico, appartenevano in Roma ai soli patrizi, i quali per lunghi secoli esclusero la plebe dalla partecipazione del *Jus* e del *Fas*, e chiamarono i costumi e gli usi della medesima col nome di « usus » invece che di « mos ». Da ciò si può inferire come tutti questi concetti siano sorti in seno al patriziato, la cui più antica organizzazione era stata quella gentilizia.

Il primo ad apparire nella storia dovette essere il *Mos*, il quale sembra riconnesso strettamente alla famiglia tanto che, verso la fine della repubblica, troviamo ancora il *regimen morum* sotto la tutela del tribunale di famiglia. E tale opinione trova una piena conferma nella definizione conservataci da Festo dalla quale si rileva anche il suo duplice carattere giuridico e religioso: *Mos est institutum patrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones caerimoniasque antiquorum* (3).

In essa ci pare di scorgere una certa relazione tra il *Mos* ed il culto dagli antichi professato agli antenati, gli spiriti dei quali diventavano nel concetto d'allora i protettori naturali del focolare e del tetto domestico, e come tali si veneravano. Erano essi che concedevano protezione ed elargivano prosperità e fortuna alla famiglia a seconda dei meriti dei loro discendenti e dello zelo che mostravano nell'onorarli. Ciò avveniva negli albori della convivenza civile quando l'umanità, uscita dallo stato più primitivo, non era ancora pervenuta a concepire un ente supremo,

---

(1) L'ordinamento sociale durante il periodo gentilizio è stato trattato sotto un nuovo aspetto da noi in uno studio che ha per titolo: *Le basi sociali e giuridiche di Roma*, di prossima pubblicazione.

(2) Sull'importanza dell'elemento religioso su quello giuridico rimandiamo all'opera del VOIGT, *XII Tafeln*, p. 97 e segg.

(3) FESTO, s. v. *Mos*, in BRUNS, *Fontes*, II, p. 14.

ed allo spirito religioso si sostituiva l'animismo più puro, vale a dire l'adorazione di singoli genii o spiriti, che, come giustamente osservano il Tiele ed il Puini (1), non costituiva una vera religione, ma un culto comune a tutti i popoli in un certo periodo della loro vita. Tutto ciò che era stato seguìto, stabilito, praticato dai maggiori, ripetevasi dopo la loro morte scrupolosamente e costantemente dai discendenti per i quali assumeva un carattere sacro, e col volgere del tempo andò a formare i *boni mores* (2).

Il principio morale era tanto radicato nella coscienza di quei popoli che nella stessa Roma lo ritroviamo ancora potente. Si sa infatti come le leggi principiassero a rendersi poco efficaci allorquando venivano meno i *boni mores* (3).

In epoche più recenti si riscontrano traccie evidenti di essi nel *regimen morum* e nel *iudicium de moribus;* la stessa giurisprudenza classica con i continui accenni all'*infamia*, all'*ignominia*, alla *laevis nota*, alla *turpitudo*, all'*improbitas* e simili attesta quanta importanza si volle attribuire, almeno teoricamente, all'elemento morale. Una derivazione n'è la *Fides* la cui importanza, specialmente durante il periodo gentilizio, doveva essere grandissima.

Che essa risalga ad epoche remotissime, lo si deve ammettere non solo conseguentemente all'organizzazione d'allora, ma anche per quanto asserisce la tradizione più antica secondo cui il culto della *Fides* fu istituito da Numa (4).

Dagli antichissimi Romani fu professata tanta venerazione, tanto rispetto, tanta riverenza a nessuna delle divinità minori quanto alla Fede. Ogni impegno che si assumeva sotto gli auspicii di lei era sacro sia nella privata che nella pubblica vita. Onde Gellio (5) diceva: « Populus romanus.... omnium (virtutum) maxime et praecipue Fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice ».

Il suo tempio era situato sul monte Capitolino presso quello di Giove (6), il suo culto era affidato ai Flamini grandi (7), e lo stesso senato vi si soleva radunare (8). Che tale venerazione illimitata alla Buona Fede fosse propria dei popoli italici più antichi, e non sia stata importata da civiltà straniere lo si può inferire da ciò, che il luogo dove sorgeva l'Aedes a lei consacrato era il *Capitolium vetus*, ossia il centro della popolazione Sabina.

Inoltre si noti che a lato del Campidoglio vecchio sul Quirinale sorgeva il tempio dedicato a *Dius Fidius*, antichissima di-

---

(1) Puini, *Storia della religione*, Firenze 1882, p. 30 segg. e p. 139.
(2) Così si spiega benissimo come i *boni mores* avessero carattere sacro.
(3) V. ad esempio la commedia di Plauto, *Trinummus*.
(4) Livio, I, 21. Cfr. *Dionis. Hal.*, II, 75.
(5) Gellio, *N. A.*, XX, 1, 39. Cfr. Cic., *de off.*, I, 7, 23 e III, 31, 11.
(6) Vedi Becker, *Topographie*, p. 403.
(7) Livio, I, 21, 4. — Ambrosch, *Quaest. pontifical.*, II, p. 9.
(8) Appian, *B. C.*, 1, 15.

vinità sabina che tutelava l'adempimento del giuramento nei rapporti tra le varie popolazioni. Egli era simile a Semo Sancus, il dio che sanzionava col suo intervento i trattati, che li faceva rispettare dalle parti contraenti in omaggio alla fede che si erano mutualmente giurata (1).

L'essere questo culto di origine sabina è la migliore prova che attesti il carattere nazionale di esso nonchè l'alta antichità, essendo il popolo dei sabini eminentemente italico ed allo stesso tempo presentandosi nella storia quale il più tenace conservatore delle patrie istituzioni.

Dopo il *Mos*, abbiamo detto, il periodo che attraversò il pensiero giuridico nella storia fu il *Fas*, il quale non è altro che la espressione della volontà divina in quanto impone e regge l'ordine delle cose divine ed umane e vendica in modo irresistibile le violazioni che l'uomo rechi al medesimo colle proprie azioni (2).

Ora siccome il rispetto alla divinità era comune a tutti gli uomini ne consegue che il *Fas* non comprendeva soltanto tuttociò che si riferiva al culto, ma anche tutte quelle norme che regolavano i diversi rapporti nascenti in seno alle varie famiglie e genti. Così considerato bene lo definì l'Jhering: il diritto religioso il quale comprende la religione in quanto essa riveste un aspetto giuridico (3).

Tutto l'antico sistema italico si basava infatti sulla religione, come può inferirsi non solo dall'esistenza di un *ius sacrum* in Roma, dalla giurisdizione in materia criminale dei sacerdoti, ecc., ma anche dalla stessa tradizione letteraria, la quale ci riportò aver posto Romolo per fondamento del suo governo la religione, *primum favorem numinum*, ed il suo successore Numa Pompilio, in cui si volle concentrare, come ha ben dimostrato l'illustre Pais (4), tutta l'attività sacerdotale, non solo lo mantenne, ma ne accrebbe l'importanza con nuovi istituti, anzi era credenza che le sue leggi fossero state inspirate dalla ninfa Egeria (5). Onde Valerio Massimo asseriva che *apud antiquos, non solo publice, sed etiam privatim nihil gerebatur nisi auspicio prius sumpto* (6). Mediante gli *auspicia* solevasi appunto consultare la volontà divina, usanza che nella città fu conservata in persona del magistrato, al potere del quale dava una consacrazione giuridica e religiosa ad un tempo (7). Se la nostra opinione non sembrasse troppo ardita, oseremmo dire che il *Fas* non rappresenta che uno dei diversi aspetti in seguito assunti dal

(1) Marquard, *Le Culte*, I, p. 411.
(2) Carle, *Le origini del D. R.*, p. 98.
(3) Jhering, *L'Esprit du droit romain*, I, p. 98. Cfr. Spencer, *Principes de sociologie*, P. V, ch. 14.
(4) Vedi Pais, *Storia di Roma*, parte I, p. 241 segg.
(5) *Dion. Hal.*, II, 60.
(6) *Valerius Maximus*, II, 1.
(7) *Romanis nihil nisi captatis faciebant auguriis et precipue nuptias. Servio in Aen.*, I, 346. Cfr. Cic., *De divinatione*, I, 16 e Val. Max., loc. cit.

Mos col progredire della civiltà e con lo svilupparsi specialmente dell'idea religiosa. Infatti, secondo il concetto spenceriano, che riteniamo il più attendibile, il culto verso la divinità non sarebbe altro che una mutazione ed una continuazione di quello professato in origine agli spiriti degli antenati. Di guisa che col sorgere della religione nello stesso modo che si venerarono distintamente i Mani ed i Lari da un lato, la divinità dall'altro, anche il *Mos* dovette suddividersi in due concetti diversi, l'uno avente carattere e sanzione religiosa (*Fas*), l'altro morale (*Mos*).

Il primo abbracciava un più ampio orizzonte sociale, il secondo si restringeva ai diversi gruppi: sotto la tutela di quello dovettero svolgersi tutti i rapporti nascenti tra le diverse genti e tribù, sotto la protezione di questo dovette manifestarsi la *consuetudo* (1).

Venendo ora a dire qualche cosa sul *Jus* bisogna premettere alcune considerazioni che serviranno a chiarire ed a comprendere maggiormente non solo il modo con cui esso si sviluppò, ma anche l'etimologia della parola. Quasi tutti ritengono che lo stato naturale delle antiche genti italiche fosse quello di guerra, congettura combattuta dall'illustre Carle, il quale ritiene che esse si mantenessero in uno stato nè di guerra nè di pace, ma si considerassero come indipendenti le une dalle altre, e senza comunanza di diritto tra loro (2).

Con tutto il rispetto dovuto a sì grandi autorità a noi sembra che mal s'appongano entrambe le opinioni. L'ipotesi del Carle potrebbe soltanto ammettersi prima dell'epoca delle invasioni essendo allora la penisola popolata da genti che ripetevano le stesse origini, sebbene ci parrebbe più logico e più consentaneo allo spirito dei tempi che intercedessero tra di loro rapporti di *hospitium*, di *amicitia* e anche di *societas*. Ma che tale stato d'indifferenza potesse sussistere durante e dopo le invasioni è strano ammetterlo; sotto questo punto di vista l'opinione dominante dunque che propugna lo stato di guerra presenta un lato di vero.

Altrimenti come spiegheremmo l'antico rito dei Sabini i quali piantavano in terra un'asta per rappresentare il Dio della guerra Marte (3), rito che fu trapiantato in Roma, dove ogni capitano partendo per la guerra scuoteva l'asta di Marte esclamando: « Mars vigilia »? (4).

Tutta la religione italica appare inoltre con carattere oltrechè agricolo anche marziale; la Giunone Lanuvina, quella Curiti dei Sabini, la Pallade dei Bruzi, ecc., rappresentano altrettante divinità guerriere che dimostrano non tanto il carattere bellicoso quanto lo stato di guerra di quei popoli *nam*

---

(1) V. in HEUMANN, *Handlexicon zu den Quellen des römisches Rechts*, s. v. *Mos* e *Consuetudo* i passi relativi al passaggio del *Mos* in *Consuetudo*.
(2) Vedi CARLE, *Le origini del D. R.*, p. 139.
(3) Vedi PLUTARCO nella *Vita di Romolo*.
(4) Vedi VIRGILIO, *Aeneid.*, VIII, 33.

et ab origine rerum, pro diis immortalibus veteres hastas coluere. Si aggiunga il sorgere delle città dai *capitolia*, dagli *oppida*, dalle *arces*, dalle *urbes*, luoghi tutti fortificati in cui solevansi ricoverare nei momenti di pericolo sotto la protezione della divinità.

Ma se tali considerazioni intervengono a favore della opinione dominante, ve ne sono delle altre che la contraddicono. Come infatti potrebbe conciliarsi lo stato naturale di guerra con tutto quel complesso di formalità del *ius foeciale* che attesta chiaramente l'esistenza di relazioni tra le varie genti italiche, lo scopo evidente di togliere le cause di guerra e di prevenire ogni lotta, ogni spargimento di sangue? (1).

Questa evidente contraddizione si spiegherebbe benissimo quando si tenesse conto delle incessanti invasioni straniere le quali mentre da un lato costringevano gli abitanti a stare continuamente in armi, d'altra parte li obbligavano ad unirsi insieme contro il comune nemico (2). Fu appunto in tale unione che essi trovarono il modo più naturale per regolare tutti quei rapporti nascenti in seno ad essa, *pacis ac belli.*

Lo stato di guerra dunque esisteva non tra le varie genti italiche ma tra queste e gl'invasori che sotto nome di Arii, di Umbri, di Tirreni, di Greci percorrevano in tutti i sensi la Penisola.

Questo nostro concetto vale intanto a spiegare non solo il modo di formazione del *Jus*, ma anche la sua etimologia. Fu appunto in tale condizione di cose che dovette sorgere quel complesso di formalità che andò in seguito a costituire il *ius foeciale* ed il *ius pacis ac belli*, il cui unico scopo era quello di evitare le guerre tra i confederati. Ed allora dovette anche sorgere l'*actio sacramento* come si può inferire dalle formalità che l'accompagnano, le quali rivestono carattere eminentemente intergentilicio (3).

Così dunque tra le diverse comunanze dovette manifestarsi il diritto, il quale naturalmente era circondato da un'aureola religiosa essendo allora la religione la sola che potesse garantirne l'esecuzione. Non esistendo infatti alcun potere pubblico i rapporti intercedenti tra le varie genti, non aventi comunanza di origine, venivano necessariamente regolati dal *Fas* che dominava su tutte le coscienze e che perciò era l'unico che potesse imporsi alle singole volontà individuali, tutelare le obbligazioni assunte dai contraenti e far rispettare ed osservare le norme da loro stabilite in quella specie di *modus vivendi intergentilicio.*

---

(1) Presso tutti i popoli italici se ne riscontrano tracce e sulle medaglie osche e sannite si trova rappresentato il rito. Vedi MICALI, *L'Italia avanti il dominio dei Romani*, Tavola CXV.

(2) Che le alleanze tra i popoli fossero dirette non contro altre genti della stessa razza, ma contro gl'invasori si può anche inferire da ciò, che esse duravano « *dum coelum et terra eandem stationem Obtinuerint* », vedi *Dionis. Hal.*, IV, 95.

(3) Cfr. HUSCHKE, *Die Multa und das sacramentum*, p. 353 segg. — CURIS, *Intorno alle origini della procedura civile romana* (*Riv. ital. di Sociologia*, anno V, fasc. 2.°).

Insomma il *Fas* si può paragonare all'opinione pubblica moderna nei rapporti internazionali, con questa differenza però che esso stante lo spirito religioso di quei tempi doveva esercitare un dominio maggiore.

Che l'*Jus* esordisse in questo modo e quindi rivestisse carattere eminentemente religioso, lo si può indurre da molti fatti, ma specialmente dalla etimologia di tale vocabolo. Tra le varie e molteplici interpretazioni che di essa si sono fatte quella del Lasaulx (1) e del Huschke (2) si avvicinano più al vero. Secondo essi infatti la voce *Jus* sarebbe derivata da un antico nome di Giove « Jous », idea del resto già espressa dalla stesso Ennio (3). Ora tale etimologia si concilia perfettamente col modo di formazione del diritto quale da noi è stato inferito. Janus o la divinità italica per eccellenza, che si moltiplicava con mille attributi presiedendo così a tutte le azioni umane, Janus, il Dio diventato uomo che per primo insegnava l'agricoltura e dettava le leggi agli Italici, era l'unico che potesse soprassedere a tutti i rapporti nascenti in seno alle diverse comunanze, specialmente in quei tempi in cui un identico sentimento univa le genti della Penisola, la cui libertà ed indipendenza era minacciata dagli invasori.

Del resto il concetto di Ennio riappare anche presso i Greci tra i quali come asserisce Platone διαιον (celeste) significò dapprima *diritto*, e fu soltanto in seguito che, aggiuntovi per leggiadria di favella il κ, restò δικαιον (4).

Tanto i Greci dunque quanto i Latini usarono una stessa parola per indicare *Giove* ed il *Diritto*, onde il Vico giustamente osservò che su questa idea, che fosse stato lo stesso Diritto che Giove, incominciarono i regni divini con l'idolatria (5).

Del resto volendo accogliere pure l'opinione di coloro come il Bréal (6), il Leist (7) ed il Muirhead (8), secondo cui *Jus* sarebbe derivato dall'antico *ious*, voce perfettamente uguale al *iaus* del sanscrito più antico, ossia dei Veda, nonchè con il *iaes* dello Zend-Avesta, verremo sempre alle identiche conclusioni in quanto tale vocabolo significherebbe, come ritiene lo stesso Bréal, volontà, potenza, protezione divina.

Da tutto quanto siamo andati esponendo se ne può inferire che i tre concetti del *mos, fas, ius* attraverso i quali passò il pensiero giuridico, sono derivati da un unico ceppo; — che storicamente prima apparve il *mos* e quindi il *fas* ed il *ius*; — che nel periodo gentilizio essi però coesistettero insieme e non marcatamente distinti e separati come si riscontrano in Roma; che tutti tre rivestirono carattere eminentemente religioso.

---

(1) Lazaulx, op. cit., p. 9.
(2) Huschke, op. cit., p. 373.
(3) Ennio, *Apd. Apul. « De deo socratis, 5 »*.
(4) Vico, 1.ª *Scienza nuova*, p. 255. 2.ª *Scienza nuova*. p. 23. *De constit. phil.*, p. 327.
(5) Vico, loc. cit.
(6) Bréal, op. cit., p. 603 segg.
(7) Leist, op. cit., p. 175 segg.
(8) Muirhead, op. cit.

Ed è appunto sotto questo ultimo aspetto che il diritto primitivo itatico si contraddistingue da quello ariano, per quanto dagli ortodossi si affermi il contrario; esso invece si riconnette perfettamente con quello egiziano.

La dottrina infatti hegeliana con cui si viene a confondere in Oriente il diritto con la religione è inammissibile.

L'Arhens era tanto convinto dell'assurdità sua da ritenere errato « il principio dell'unione di tutte le sfere della vita tra i popoli storici di Oriente ». Lo studio etimologico del Pictet (1) ha portato a risultati tali da potere affermare qualmente tra il diritto e la religione degli Arii non vi fosse in origine relazione alcuna e la fonte di quello debba riscontrarsi nell'uomo piuttostochè nella divinità, o per meglio dire nel concetto di forza, di violenza piuttostochè in quello religioso.

Il *re* in sanscrito viene designato con le voci *rag*, *râgan*, *ragni* e simili d'onde deriva *regere*, *regem esse*, il Dio supremo con quelle di *Dêva*, *Dêvata*, *Daw*. Orbene il *diritto* in sanscrito si chiama *rgu*, da cui deriva *rguta*, onestà, e *rgùyu*, onesto, radice che nel zenda diviende *raz*, *rectum esse*, la cui analogia con *rag*, re, è evidente, mentre non ne troviamo alcuna con Dêva, Dio.

E ciò apparirà più chiaro quando si esamini brevemente il concetto che del diritto ebbero i Germani, ed i Celti, ossia i legittimi discendenti degli Arii. Il diritto per i Germani non è una legge od un vincolo sociale a cui si debbono sottoporre le volontà degli individui, come lo avevano compreso ed esplicato i Romani, ma è sopratutto un potere, una forza, una facoltà spettante all'individuo, che ha altissimo il senso della sua personalità, e che in unione della propria famiglia fa valere egli stesso il proprio diritto (2). La capacità di diritto si riconosce in essi da un carattere esteriore e questa è la forza del braccio, l'attitudine alle armi, di guisa che lo schiavo che non ha tale diritto viene escluso dal portare le armi (3).

Tale concetto di forza, di violenza coincide perfettamente col significato intrinseco della parola sanscrita che serve a designare il diritto (*raz*) e che trova riscontro in *rag*, re, piuttostochè in *Dêva*, Dio.

E che l'idea di diritto non fosse così collegata a quella di religione come ordinariamente suole credersi, si desume dalla stessa giurisdizione criminale la quale non era esercitata dai sacerdoti.

Cesare nei suoi Commentari parlando del giudizio intentato contro Orgetorige, reo di alto tradimento presso gli Elvezii nel 58, ci dice che esso si fece senza l'intervento dei Druidi (4). Lo stesso si osserva in quello di Vercingetorige che fu con-

---

(1) PICTET, op. cit., vol. II, §§ 307 e 320, n. 1, 5, § 481.
(2) CARLE, *La vita del diritto*, p. 197.
(3) PERTILE, op. cit., vol. V, p. 3.
(4) CESARE, *De bello gallico*, I, 4.

dannato a morte, per aver aspirato al potere, da tutt'altri che dai sacerdoti (1).

Esempi questi che trovano un perfetto riscontro in un passo delle leggi visigote (II, 1, 23), in cui il sacerdote appare posposto al giudice. *Si iudex vel sacerdos reperti fuerint nequiter iudicasse*, ecc.

E ciò avveniva in un'epoca in cui l'ordalia e la faida costituivano la base di tutto il sistema giudiziario germanico, in cui il diritto era riposto sulla punta della spada ed appoggiato dalla forza e dalla violenza, in un'epoca piena di superstizioni religiose nella quale, come giustamente aveva notato Tacito, si consultavano esclusivamente i decreti della sorte e si chiedeva l'intervento celeste per conoscere chi avesse ragione, insomma in un periodo di barbarie in cui la religione doveva avere il sopravvento su ogni altra forza sociale. Invece la vediamo in seconda linea mentre il diritto e la giustizia si comprendono nella *vis materiale:* duro stato di cose che rimase in vigore sino al 1000 nonostante l'influsso di altre potenti civiltà come la romana e la cristiana.

Il principio religioso era del tutto subordinato, e non manifestavasi come la forza unica ed esclusiva, regolatrice dei rapporti sociali, ma come un mezzo per procurare la vittoria aumentando le forze dell'innocente e diminuendo quelle del reo.

Lo stesso giuramento, al quale informavasi il vecchio diritto ieratico romano e quello egiziano, non si prestava davanti ai sacerdeti o nei templi, ma dinanzi alle assemblee, con le armi e sulle armi. Esso quindi assumeva un aspetto civile più che religioso ed il modo in cui si faceva dinota chiaramente l'idea predominante nel sistema germanico: *la forza.*

E questo concetto appare anche dal fatto che il giuramento veniva prestato dal convenuto insieme ai *coniuratores*, scelti tra i parenti legittimi, tra quelli della sippe, in numero grandissimo, persino di 70, anzi quanto più ne conduceva tanto più valore assumeva il giuramento. In altre parole anche qui come nella faida e nel pagamento del guidrigildo si manifesta quel sentimento della reciproca protezione tra i componenti della famiglia mediante l'assistenza dei medesimi nel giudizio, che naturalmente è basato sull'idea di forza.

Ed arrivati a questo punto bisogna rispondere ad una giusta obbiezione che il lettore potrebbe muoverci. Cesare, è vero, ci presenta delle assemblee o dei capi che pronunciavano sentenze capitali senza l'intervento dei Druidi negli affari riguardanti la salvezza del popolo o dell'esercito, vale a dire nei più importanti. Non bisogna però dimenticare che lo stesso autore in un altro luogo della sua opera narra che i Druidi avevano l'amministrazione della giustizia, anzi nota che il loro tribunale teneva

(1) CESARE, op. cit., VII, 4.

le sue sedute nel centro della Gallia in un territorio sacro (1). Sarebbe egli dunque caduto in una contraddizione?

Prima di esaminare questa antinomia tra i passi sullodati richiamiamo l'attenzione sui seguenti fatti. Cesare dopo aver parlato della giurisdizione criminale dei sacerdoti presso i Celti e quindi dell'uso di radunarsi per rendere giustizia nel centro del paese in un luogo sacro, aggiunge che quel costume era forestiero ed importato dalla Bretagna. Di più per i piccoli affari non si ricorreva ai solenni tribunali dei Druidi, ma alla giurisdizione domestica del capo di famiglia e del capo del clan.

Ed ora passiamo a trovare la ragione della presenza dei sacerdoti nella giurisdizione penale. Essa piuttosto che dimostrare che il diritto fosse ieratico serve invece a denotare qualmente nella Gallia si fosse verificato un fatto storico importantissimo che riscontriamo anche nell'India, vale a dire lo sviluppo la lotta di due classi distinte e potenti, quella dei Druidi e l'altra dei Cavalieri (2).

Orbene se il principio religioso avesse prevalso sino da principio nella sfera giuridica, non appena avvenuta la bipartizione dei due ordini sociali, dapprima fusi ed uniti in una sintesi potente, era logico e naturale che il potere sacerdotale assorbisse quello militare, specialmente negli affari criminali che presso i popoli primitivi vediamo quasi sempre affidati ai rappresentanti della divinità. Se si tien conto dell'epoca in cui Cesare scrisse e della condizione delle genti da lui descritte, parrà per lo meno strana l'intromissione dei Cavalieri nella giurisdizione criminale in modo da escludere del tutto l'intervento sacerdotale nei giudizi, si noti, più importanti, in quelli cioè che avevano per oggetto i reati che, stante l'organizzazione d'allora, assumevano da soli carattere veramente pubblico.

Ciò significa che una lotta erasi già impegnata tra i due ordini, i cui risultati li riscontriamo nella diversa giurisdizione esercitata dai medesimi, secondo la narrazione di Cesare. Ora se lotta vi fu dovette essere iniziata non dai Cavalieri a danno dei sacerdoti, il che sarebbe assolutamente escluso della considerazione dell'epoca remotissima e quindi religiosissima in cui essa avvenne, ma dai sacerdoti contro i Cavalieri. Era naturale infatti che i rappresentanti della divinità stante il loro influsso grandissimo non vedessero di buon occhio che il potere giudiziario rimanesse nelle mani di questi appunto perchè il diritto traeva la sua origine dalla forza e non dal principio religioso. Le loro pretese trovavano poi un efficace sostegno e una giustificazione nella credenza che la divinità entrasse, sebbene in via subordinata, nella sfera giuridica.

Cesare dunque non è caduto in alcuna contraddizione nei passi sullodati, nè afferma che la giurisdizione criminale fosse

(1) Cesare, *De bello gallico*, VI, 13.
(2) Cesare, loc. cit.

un privilegio dei Druidi; egli espone i fatti come gli si sono presentati, senza tentare di esaminarli. Fatti che non sono unici nè isolati nella storia dei popoli ariani. Basterebbe spingere lo sguardo laggiù nell'Asia, e soffermarlo sui fratelli dei Celti e dei Germani, per riscontrarli in tutta la loro chiarezza e determinatezza. L'India, che per l'ambiente e le vicende storiche fu meno fortunata della Germania, si presenta in uno sconfortante immobilismo a causa del vasto panteismo braminico e della divisione delle caste, costrette dalla ferrea legge dettata dal tempio a rimanere inattive. Chiunque osi introdursi in una casta più elevata viene infatti punito con la mutilazione delle membra e con l'arsione a lento fuoco.

Tuttociò non è che il prodotto dell'attività sacerdotale compiutasi nel periodo bramanico. Prima però di questo, durante l'epoca vedica che lo precedette, il potere dei sacerdoti si confondeva con quello militare nella veneranda figura del padre, del patriarca. Le caste vennero dopo a causa di una lunga evoluzione verificatasi nell'intervallo che corre tra i due periodi, bramanico e vedico. Se il diritto fosse stato ieratico il legittimo depositario di esso sarebbe stato l'ordine sacerdotale, come avvenne in Italia ed in Egitto, nè gli altri ordini sociali, stante lo spirito religioso di quei templi e di quei popoli l'avrebbero disconosciuto.

Invece noi assistiamo ad una lunga lotta per l'acquisto della supremazia tra la classe militare e quella sacerdotale.

Le epopee indiane risuonano ancora di esse e nonostante la vittoria dei sacerdoti il re, scelto tra i guerrieri, continua ad essere considerato come divinità. Del resto basterebbe leggere il libro VIII della *Legislazione di Manù* per convincersi come la vita giuridica presso gli Arii indiani dovesse massimamente il proprio sviluppo alla classe politica e militare, cui appunto spettava di amministrare la giustizia.

È questa una conferma a quanto si è detto più sopra relativamente all'origine del diritto ariano e serve a dimostrare maggiormente la differenza esistente tra esso ed il diritto italico.

I Romani lo affermavano in modo esplicito: Le leggi sono un dono di Dio.

E per non offendere tale convinzione inveterata nella loro coscienza non osavano abrogare espressamente il diritto costituito, ma ritenevano meglio lasciarlo cadere in desuetudine. Il diritto di Roma, figlio di quello italico, sorse e crebbe all'ombra della divinità e sotto la custodia dei sacerdoti, suoi legittimi rappresentanti. Lo stesso dicasi dell'Egitto dove il diritto sviluppatosi nei templi era conservato dai sacerdoti gli unici suoi interpreti, i soli giudici nei giudizi. Come in Roma anche in Egitto le leggi nazionali si consideravano dettate dagli Dei alla stessa guisa che i libri santi delle prescrizioni relative al culto (1).

(1) REVILLOUT, *La créance et le droit commercial*, p. 188.

Dai sacerdoti venivano custodite ed applicate (1), la giustizia s'amministrava tradizionalmente da essi che costituiti in tribunale pronunciavansi in nome del codice e della divinità (2).

La stessa composizione del tribunale supremo, come ci è stata tramandata da Diodoro, dimostra un'origine tutta sacerdotale: esso era costituito di trenta giudici che nei monumenti portano il titolo di *suteni*, che si dava ai re egiziani. In Egitto come in Roma la religione ed il diritto procedono insieme e le persone destinate alla tutela dei riti religiosi e giuridici sono le stesse, vale a dire i sacerdoti. L'influsso della religione sul diritto era poi tanto potente da non cedere neanche dinanzi alla grande riforma di Bocchoris, il re rinnovatore, che tentò abbattere tutto l'antico sistema ieratico. Nè Roma, l'erede delle istituzioni italiche, venne meno a questo principio che caratterizza tutti i popoli mediterranei distinguendoli da quelli ariani. Anch'essa mantenne vivo per lungo tempo lo spirito religioso in tutte le manifestazioni della vita sociale; il diritto delle XII tavole, tendente come quello di Bocchoris a stabilire un nuovo ordine di cose, è una prova della persistenza, della tenacità con cui l'elemento ieratico rimaneva aderente al sistema giuridico quiritario.

Nel diritto egiziano rimase in grande uso il giuramento, anzi esso fu il modo precipuo di obbligarsi: così i contratti venivano posti anch'essi sotto l'egida della divinità.

Questa fu la forma più antica di tutte per costituire ogni specie di obbligazioni, di fare o di dare qualche cosa, ossia quella che si applicava agli atti verbali che come in Roma (diritto decemvirale) erano sufficienti per obbligarsi. Fu soltanto con Bocchoris che s'introdusse la forma scritta nei contratti, come giustamente ritengono il Birch ed il Revillout.

Ciò nonostante egli rispettò la *sank*, l'obbligazione religiosa, unilaterale. Orbene quella unilateralità che distingue l'obbligazione di tipo ieratico e che sembra propria all'Egitto, la si riscontra anche in Roma nel diritto delle XII tavole le cui visibili traccie richiamano un'unica fonte, una stessa origine.

Che altro è la *sponsio* romana se non l'antichissimo giuramento *faciendi?* In essa come nella *sank* si rinviene qualche cosa di ieratico che ricorda appunto la loro comunanza di origine. Lo stesso dicasi della *mancipatio*, della *stipulatio* e di altri atti che rivestono tutti lo stesso carattere di unilateralità dell'antico diritto egiziano.

La *mancipatio* in special modo convalida tale opinione, essa che sembra la imitazione perfetta della mancipazione egiziana di Amasi. La vendita egiziana accanto alle formalità puramente civili conserva anche quella religiosa del giuramento, come appare negli atti di un'epoca relativamente recente; come in Roma

(1) Revillout, loc. cit.
(2) Revillout, *Cours de droit Égyptien*, Paris 1884, vol. I, p. 43.

essa serve, secondo la giusta osservazione del Revillout (1), per creare dei legami di famiglia ed è una delle forme del matrimonio e dell'adozione.

Lo stesso giuramento militare, che legava il soldato al capitano, trova pieno riscontro nel giuramento del coltivatore egiziano, giuramento di fare. Anche le azioni del diritto egiziano come quelle del diritto romano rivestivano lo stesso carattere puramente ed esclusivamente religioso. Tutte erano accompagnate da cerimonie sacre con scopo eminentemente religioso. L'*actio sacramenti*, per tacere delle altre, non era in origine che una specie di giuramento religioso (2) consimile al *sacramentum militare*, che si faceva dinanzi ai sacerdoti con un'offerta sacra. Le stesse prese di possesso non andavano scompagnate da tali riti, e noi sappiamo come l'erede non potesse adire l'eredità senza aver prima compiuto una mistica pulizia nella camera del defunto per espellere tutte le impurità. Il formalismo che accompagnava ogni atto giuridico romano lo rinveniamo anche in Egitto ove le formule per costituire un vincolo di diritto dovevano essere pronunciate nel tempio. Tutto era nei due paesi strettamente e religiosamente fissato da formule sacre, con questa differenza però che mentre presso i Quiriti bisognava ricorrere per la costituzione di qualunque atto giuridico alle vecchie famiglie patrizie, uniche depositarie dei refustissimi riti giuridici-sacerdotali, in Egitto invece si faceva nel tempio dinanzi alla divinità ed ai suoi legittimi rappresentanti.

Come si vede, il diritto egiziano differisce molto meno di quel che non sembri dall'antico diritto romano ed in generale da quello italico, specialmente per quanto riguarda il carattere intrinseco di essi, vale a dire lo spirito religioso.

Lo stesso aspetto ieratico assume tanto presso l'uno quanto presso l'altro popolo, e le persone destinate alla sua tutela sono quelle medesime che conservano i riti e la tradizione della religione. Le norme del diritto non avevano fatto che seguire i precetti religiosi che furono la causa precipua del rigorismo giuridico nei due paesi. Il principio giuridico era sorto all'ombra della religione, la quale occupava sopratutto le menti dei pii italici ed egiziani, a differenza di quanto avveniva presso le genti di stirpe ariana, dove la *vis materiale* aveva prevalso sullo stesso sentimento religioso, che conseguentemente rimaneva subordinato alla medesima. Dobbiamo perciò ritenere che il diritto italico abbia tratto le sue origini da quello dei popoli libici, oppure che siasi in seguito soltanto sviluppato in senso diverso da quello ariano, forse sotto l'influsso del diritto greco, che aveva attinto alle fonti egizie? A queste domande non possiamo certamente rispondere ora con i pochi dati che abbiamo raccolti.

(1) Revillout, *Les obligations*, p. 16.
(2) Huschke, loc. cit.

In appresso però quando questi troveranno sostegno in molti altri argomenti d'indole storica, sociologica, giuridica, che noi stessi siamo andati raccogliendo, potremo affermare, tenendo conto anche dei risultati ottenuti dall'antropologia e dall'archeologia (1), che le analogie almeno tra la vita sociale dei popoli dell'Africa settentrionale con quella delle più antiche genti italiche sono più numerose, più evidenti di quelle offerteci dal paragone di queste ultime con i popoli di stirpe ariana (2).

GIOVANNI CURIS.

RECENSIONI.

RAMELLA avv. prof. AGOSTINO, Giudice del Tribunale di Siena. — 1.° *Trattato della corrispondenza in materia penale.* Milano, Società Editrice Libraria, 1901; 2.° *La pubblicità nel moderno diritto.* Milano, Società Editrice Libraria, 1901. — (Estratti dalla *Enciclopedia giuridica italiana*).

Crediamo di far cosa grata ai nostri lettori riferendo l'autorevole giudizio che su queste due pubblicazioni ha dato, nella pregiata Rivista *La Legge,* il chiaro prof. Vittore Vitali dell'Università di Siena:

Il chiarissimo ed infaticabile giurista e magistrato, che già arricchiva la letteratura giuridica di altre encomiate monografie (3), vi aggiunge le due ora annunciate, ciascuna delle quali, per molti pregi e la grande utilità, merita di essere segnalata all'attenzione di quanti sono chiamati ad interpretare ed applicare la legge.

Ne parliamo brevemente, cominciando dalla prima. Questa è preceduta da una breve introduzione, in cui si delinea l'importanza della corrispondenza nei rapporti penali, e l'autore avverte che numerose questioni si sollevano spesso, sia per ciò che concerne l'inviolabilità del segreto della corrispondenza e le necessità in cui il principio deve cedere di fronte alle esigenze della legge penale, sia per quanto ha tratto a quei reati che possono consumarsi col mezzo della stessa corrispondenza, quali la minaccia, la truffa, la diffamazione, ecc.

Divide poi la trattazione nei seguenti capitoli:

I. Reati contro il monopolio dello Stato pel trasporto della corrispondenza;
II. Protezione dei mezzi di comunicazione per corrispondenza;
III. Inviolabilità del segreto delle corrispondenze;
IV. Abusiva pubblicazione di privata corrispondenza;
V. Abusiva pubblicazione di corrispondenza ufficiale;
VI. Eccezioni all'inviolabilità della corrispondenza;
VII. Reati commessi a mezzo di corrispondenza;
VIII. Luogo di consumazione dei reati di corrispondenza;
IX. Efficacia probatoria della corrispondenza;
X. Impugnativa di sentenze mediante corrispondenza.

---

(1) Vedi SERGI, *Arii e Italici.*

(2) Cfr. CURIS, op. cit.; idem, *La clientela e la schiavitù nell'antichità* (*La Rivista moderna*, anno III, fasc. 7-8).

(3) *Le società di commercio in rapporto alla legge penale.* Torino, 1894; *Trattato della corrispondenza in materia civile e commerciale; — I redattori della stampa periodica.* Milano, Società Editrice Libraria, 1897.

Dall'oggetto della trattazione e dalla chiara partizione di essa si desume che lo svolgimento si è esteso a tutte le parti che han rapporto colla corrispondenza, comprendendovi anche la materia in corrispondenza telefonica e telegrafica ne' suoi riguardi colla legge penale (nn. 34, 35 e segg., 56, 57, 119, 131 e seg., 159). E siccome oggidì, pel grande sviluppo che gli scambi ed i commerci internazionali hanno assunto, è anche centuplicata la corrispondenza internazionale, così l'egregio scrittore ha creduto di completare la sua pregevole trattazione anche nei riguardi del diritto internazionale, nei limiti però della necessità: come può vedersi ai nn. 46 e 47 quanto alla trattazione dei telegrammi sottomarini, specie quanto alle sanzioni della convenzione di Parigi, 14 marzo 1884; al n. 32, quanto alla contraffazione dei francobolli di Stato esteri; ai nn. 37 e seg., e 125 *bis* quanto al luogo di consumazione dei reati per corrispondenza.

È degno di essere segnalato l'ampio svolgimento dato a ciascuno dei singoli reati esaminati in detti capitoli, sia rispetto a ciascuna specie, sia rispetto alla loro prova e alla competenza del magistrato.

La seconda non meno pregevole delle summentovate monografie ha per oggetto gli istituti che concorrono ad attuare, nelle sue svariate forme, la pubblicità, questo fattore importante di civili e commerciali transazioni, e del necessario credito che deriva a ciascun commerciante.

L'autore, avendo presente questo scopo, considera e svolge in diversi capi questi punti principali, e cioè:

I. Le varie forme di pubblicità;
II. La trascrizione nei pubblici registri;
III. Le affissioni;
IV. Le inserzioni;
V. I fattori della pubblicità;
VI. L'estensione della pubblicità;
VII. Gli effetti della pubblicità.

E tutto ciò esamina nelle sue attinenze col diritto civile e commerciale e nei suoi diversi aspetti. L'autore, pur muovendo dai principii fondamentali, di che ai nn. 1, 24 e seg., fa un ampio studio sui detti fattori e così sulle agenzie di pubblicità e di informazioni (n. 46 e seg.); sulla *réclame* e sulle regole relative (n. 40 e seg.); sulla pubblicità in materia di diritti reali (nn. 11, 67 e segg.); sulla pubblicità nelle materie commerciali, principalmente sui registri di commercio (p. 12·75 e seg.) e sul loro carattere e loro effetti giuridici; sui registri pubblici in materia di privative industriali (n. 83 e seg.); sulla recente istituzione del registro di pegni su certi mobili; sulla pubblicità in diritto penale; in ispecial modo sull'efficacia vincolativa del contratto per via di *annunzi, réclame,* ecc. (n. 97 e seg.) (materia presso di noi non regolata dalla legge).

Le due monografie sono precedute da una copiosa nota bibliografica, della quale l'esimio autore sa opportunamente far uso nel corso della trattazione, che procede rapida e sicura nella critica della dottrina e giurisprudenza nostrana e straniera, dando prova di fine criterio e felice intuito delle posizioni giuridiche e dimostrando indipendenza di giudizio e novità di trattazione.

Essendo prevalenti i pregi delle due monografie, non giova l'accennare le poche mende che in tutte le opere umane si possono riscontrare.

Prof. V. Vitali.

Libri pervenuti in dono.

Avv. Gennaro Greco. — *Il diritto amministrativo italiano.* Parte speciale. Vol. I. — Salerno, Jovene, 1900. L. 3.

Giuseppe Sandomini. — *Dei reati politici in materia d'estradizione.* — Modena, Società Tipografica, 1901.

Dott. Alcantar Machado. Lente da facultade de direito de S. Paulo, *A deformidade nas lesões persoáes* — San Paulo, 1901.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

ROMA (Sez. unite), 22 giugno 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Tivaroni — *P. M.* Quarta = Biasotti c. Marchelli.

Devono considerarsi frutti consumati, *a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1429 c. c., anche i frutti dei beni parafernali che il marito abbia capitalizzati ed impiegati in proprio nome* (1).

Sul I mezzo la principale questione sottoposta all'esame dei giudici di merito consisteva nell'indagine se il notaio Biasotti sia tenuto a render conto, a sensi dell'articolo 1429 c. c., dei frutti dei beni parafernali della moglie in proprio capo investiti in impiego fruttifero.

A tale quesito la Corte di rinvio diede affermativa risposta ritenendo che i frutti dei beni parafernali della moglie, capitalizzati dal marito in proprio nome, devono considerarsi frutti esistenti e non già consumati.

Ma a giudizio del Supremo Collegio codesta affermazione è errata in diritto. Imperocchè, giusta gli insegnamenti della scienza economica, la trasformazione dei frutti in capitale è altro dei modi di consumazione degli stessi.

Diffatti, frutto è il provento, il reddito, d'una determinata energia produttrice.

Trasformati i frutti in capitale, perdono la loro natura primitiva, cessano di esistere come frutti, come tali si consumano, dando vita ad una nuova entità economica, ad una ricchezza del tutto diversa dalla prima, che diviene a sua volta causa produttrice di reddito; amenochè si voglia sostenere che i frutti, costituenti una ricchezza in precedenza inesistente, e che si va man mano producendo, siano cosa identica ai capitali, che costituiscono una ricchezza già esistente destinata a scopo di produzione.

Ciò premesso, e ritenuto non potersi dubitare che le parole: *frutti esistenti*, *frutti consumati*, siano state usate dal legislatore nell'art. 1429 c. c. giusta il significato proprio delle stesse, consacrato dalla scienza economica, ne consegue che frutti esistenti devono dirsi quelli che tuttavia esistono come tali; frutti consumati, invece, non solo

---

(1) Pei precedenti di questa causa, v. A. Torino, 21 gennaio 1901 (sede di rinvio) in questo *Filangieri*, 1901, 465 con nota adesiva. — *Roma locuta est:* tuttavia la motivazione della sua pronunzia non ha scosso la nostra convinzione. Non neghiamo la gravità della controversia; non neghiamo il valore degli argomenti di filologia giuridica contenuti nella prima parte della sentenza e neppure di quelli che la S. C. deduce dalla genesi dell'articolo 1429. Ma insistiamo nel ritenere che la ricerca consentita nella specie dall'Appello torinese per nulla impingeva contro la finalità dell'articolo stesso e non possiamo non giudicare speciosa la considerazione del ricorso, adottata ed elogiata dalla C. S., che « sarebbe ingiusto o improvvido fare un trattamento migliore al marito scialacquatore che al marito economo ». Perchè, sia pure facile nello spendere, sta sempre la presunzione che egli abbia erogate le rendite della moglie a pro di questa e della famiglia; mentre quando il marito « economo » si arricchisce a spese della donna e forse anche a danno attuale della famiglia convertendo le rendite dei beni parafernali in un capitale che fa suo o di cui sia possibile e, se anche vogliasi, agevole dimostrare la provenienza, non si vede perchè la legge dovrebbe tutelare simile locupletazione. Sta bene che l'incremento del patrimonio paterno può giovare ai figli: ma non è indifferente che questi trovino il capitale proveniente dalle rendite dei parafernali nella eredità della madre, cui spettavano i beni, piuttostochè in quella del padre? No: non si tratta di favorire lo scialacquatore contro l'economo: là le rendite sono state spese e, dati i fini della società famigliare, sarebbe pericolosa ogni ricerca sull'erogazione; qui invece furono capitalizzate e l'equivalente delle medesime sussiste — dimostrarne la provenienza non può offendere per nulla la dignità maritale, nè turbare la pace domestica.

quelli che siano stati spesi, dissipati, distrutti, ma eziandio tutti gli altri che siano stati trasformati in capitali produttivi.

Nè alcun argomento in contrario potrebbe ricavarsi dal comune insegnamento, che il prezzo dei frutti venduti dal marito, e non ancora riscosso, spetti alla moglie, come le spettano le obbligazioni rilasciate al marito dai debitori di fitti, canoni od interessi scaduti provenienti dai beni parafernali. Ed a convincersene basta riflettere che tali attività, in tanto devono essere attribuite alla moglie, in quanto rappresentano entità economiche della stessa natura dei frutti, in quanto, cioè, continuano ad esistere nella condizione economica di prodotti: condizione che perdono allorchè sono stati riscossi e trasformati in capitale.

S'aggiunga che al significato proprio delle parole della legge, risponde la sua genesi, la ragione, lo spirito cui è informata.

La genesi, essendo risaputo, che colla disposizione dell'art. 1570, il codice civile albertino ha voluto sciogliere negativamente le questioni che si facevano sotto la legislazione anteriore, se cioè il marito facesse suoi i frutti dei beni parafernali, ma coll'obbligo di impiegarli a benefizio della famiglia, senza poterli convertire in usi suoi particolari, e se fosse tenuto a rappresentarli qualora si fosse arricchito col loro prodotto.

E detta disposizione fu sostanzialmente riprodotta negli art. 1429 e 1432 c. c. vigente, in virtù dei quali il legislatore, allontanandosi dai rigorosi principî che governano i rapporti giuridici meramente contrattuali, dettò una norma equitativa ispirata all'indole, ai fini della società famigliare, nella quale regnar deve pieno accordo, reciproca fiducia fra i coniugi, pel bene economico e morale della famiglia.

Se la reciproca fiducia dei coniugi venga meno, non potranno essi percepire più oltre i frutti dei rispettivi patrimoni, e dovranno rendere conto di quelli tuttora esistenti in natura, o nel loro equivalente, ma non degli altri che siano stati in qualunque modo consumati, sia pure mediante investimenti in impieghi fruttiferi in capo dell'uno o dell'altro coniuge. Imperocchè il resoconto, quand'anche limitato a questo ultimo obbietto, potrebbe troppo facilmente turbare la pace domestica.

Egli è evidente, diffatti, che per determinare quali e quanti frutti siansi erogati nei bisogni della famiglia, od in altre spese, quali e quanti siansi impiegati nella formazione di capitali con intestazione all'uno od all'altro coniuge, dovrebbesi portare l'esame e la discussione su tutta una gestione, talvolta di moltissimi anni, tenuta per lo più colle forme primordiali confacenti ai rapporti di intimità e di fiducia intercedenti fra i coniugi.

Indagini e dispute queste, che il legislatore volle troncare in radice, siccome difficili, disgustose, pericolose alla quiete domestica, bene supremo della famiglia.

Non vale l'opporre che a tale scopo non possono essere informati gli art. 1429 e 1432, dal momento che la legge concede azione al coniuge opponente contro il coniuge amministratore pel conseguimento dei capitali e dei frutti esistenti; conchè resta sempre aperto l'adito ad ogni investigazione sull'operato del coniuge amministratore.

E ciò non vale l'opporre, perchè i dedotti articoli concedono al coniuge opponente il diritto soltanto di reclamare i frutti esistenti, pel cui conseguimento non occorrono indagini lunghe, difficili, incresciose intorno alla precorsa amministrazione, bastando all'uopo un semplice rilievo di fatti costanti al momento dell'avvenuta opposizione.

Invano obbietta la Corte di rinvio, che la ragione per cui il marito è tenuto a consegnare solo i frutti esistenti sta nella presunzione di sanatoria, che la moglie accorda al marito per quei frutti dei beni parafernali che questi ha effettivamente spesi per la famiglia, sia pure per bisogni non del tutto necessari, e conseguentemente detta presunzione non possa militare pei frutti sopravanzati dopo soddisfatti i bisogni famigliari, e capitalizzati dal marito in proprio nome.

E tale obbiezione non regge, perchè il marito è irresponsabile, non solo dei frutti spesi in qualunque modo per la famiglia, ma eziandio di quelli che avesse dispersi, dissipati.

Ora, come rettamente osserva il ricorso, sarebbe ingiusto ed improvvido fare un trattamento migliore al marito scialacquatore, che non al marito economo.

Il legislatore, non potendosi occupare che « de eo quod plerumque accidit », fu mosso nel dettare la disposizione dell'art. 1429 dalla considerazione, che quanto la moglie nel modo ivi indicato abbandona delle sue rendite parafernali, se essa le perde, le acquistano d'ordinario i figli, come incremento del patrimonio paterno.

Nè vale l'opporre che tale abbandono costituirebbe una donazione vietata fra i coniugi dall'art. 1054, ove si consideri, insieme colla Cassazione torinese, che mal si attagliano i caratteri delle donazioni all'abbandono dei frutti, fatto dalla moglie al marito nell'interesse della famiglia, e che il legislatore, il quale proibisce quelle donazioni, volle nell'art. 1429 temperare il rigore del divieto in rapporto ai risparmi sui frutti per alte

ragioni, nell'interesse della tranquillità domestica.

Non meno vanamente s'invoca l'art. 39 c. c., per sussidiare il concetto, che le somme impiegate debbano considerarsi tuttavia esistenti, e non già consumate, chiaro essendo, come pure osservò la Cassazione Subalpina, che tale articolo contempla i capitali alie nati, ed i loro equivalenti, non già i frutti, di cui il codice si occupa in altre speciali disposizioni, assegnandoli irretrattabilmente, in tutto o in parte, agli immessi in possesso.

Miglior fortuna non può arridere alla Marchelli, quando prosegue accennando, in appoggio del suo assunto, alle regole proprie del mandato; una volta che l'art. 1429, deviando dalle norme comuni di tale contratto, esonera il marito dal dovere imposto a qualsiasi altro mandatario di rendere i frutti già consumati, negando così la facoltà alla moglie di chiedergliene il resocondo, e vietando per conseguenza ogni ricerca sul modo onde si ansi erogati.

Nè da ultimo giovano in guisa alcuna al detto assunto gli art. 701, 703 e 1431 c. c.

Non i primi due, essendo indiscutibile che, in virtù dell'art. 1429, pei frutti non più esistenti, comunque consumati, il marito dev'essere considerato un vero possessore di buona fede, che ha diritto di farli suoi. E se l'art. 1431 impone tutte le obbligazioni dell'usufruttuario al marito che gode i beni parafernali, senza attribuirgli i relativi diritti, non gli toglie per fermo quegli speciali diritti, come sopra definiti nel loro preciso significato, che gli sono concessi dall'art. 1429.

P. q. m., cassa la sentenza 21 genn. 1901 della Corte di Torino, e rinvia la causa per nuovo giudizio alla Corte di Casale.

—

ROMA, 18 giugno 1901 — *Pres.* Caselli — *Est.* Baudana-Vaccolini — *P. M.* Quarta — Poulin c. Finanze.

Il termine speciale concesso dall' art. 79 della legge di registro per le denuncie di successione accettate con beneficio d'inventario, si estende anche alle riunioni dell'usufrutto colla proprietà, verificatesi in favore degli eredi beneficiati per effetto della morte del **de cuius (1).**

L'articolo 79 del testo unico delle leggi sulle tasse di registro, approvato col decreto 20 maggio 1897, stabilisce i termini entro i quali, a seconda dei vari casi, si devono denunziare i trasferimenti per causa di morte. Il termine ordinario per le successioni aperte nello Stato è di quattro mesi dal giorno della morte. Però il termine non decorre più da questo giorno, ma da quello

---

(1) Questione controversa e risoluta in senso contrario dalla denunziata sentenza 23 ottobre 1900 della Corte di Milano in ispecie pei motivi seguenti: « Sia pure che nello spirito della legge all'art. 79 si vollero concedere al consolidante per la denunzia dell'usufrutto gli stessi termini che erano già concessi al cittadino chiamato a una data eredità, e per riguardo alle difficoltà in cui egli pure come qualunque chiamato ad una successione ereditaria può trovarsi al momento dell'aperta successione, di conoscere l'avvenimento della successione stessa, secondo che egli si trovi in quel momento nel Regno o all'estero; ma ciò non avviene per una finzione di legge che il consolidante sia anche erede del defunto per la di cui morte si verifica la consolidazione dell'usufrutto. L'ipotesi che egli sia anche erede del defunto per la cui morte la consolidazione dell'usufrutto avviene, nulla ha a che fare quanto alla denunzia della consolidazione, perchè altro è che un cittadino sia erede di Tizio ed altro è che per la morte di Tizio il di costui erede sia consolidante; sono diversi i titoli del possesso. Il legislatore ha concesso al consolidante gli stessi termini che ha concesso a un erede per la denunzia di una successione, ma ciò in quanto sia possibile e razionale in via di fatto, ed ha concesso cioè i termini per le denunzie di successione in quanto siano di possibile applicazione « congrua congruis ». Per le consolidazioni non occorre confezione d'inventario, e ciò basta ad escludere qualsiasi pretesa di assimilazione dei termini delle denunzie, fino al punto che l'appellato pretende. È una accidentalità che il consolidante sia anche erede del defunto, il cui decesso dà luogo alla consolidazione. E che? Forse pel fatto della successione tutti i termini delle denunzie, p. e. delle convenzioni stipulate dal *de cuius* e non ancora giunte al termine di loro denunzia per la relativa registrazione, si tramutano nei termini che il legislatore ha concessi per le denunzie della successione all'ufficio di registro? Forse che, come bene la R. Finanza osserva, per la consolidazione in menzione si deve e si può procedere all'adizione beneficiata e all'inventario dei beni già soggetti all'usufrutto e all'inventario dello stesso usufrutto? Forse che l'usufrutto sia una vera e propria utilità ereditaria che passa dall'usufruttario al proprietario, poichè questo sia per detto usufrutto l'erede di quello? E non si dica che il legislatore all'art. 76 non ha fatto distinzione nell'applicazione dei termini per le diverse denunzie. Ma la legge non fa distinzione perchè non occorreva di farla, non potendo il legislatore pensare che il denunziante della consolidazione si presentasse come erede del defunto pel cui decesso la consolidazione avviene, ovvero pur essendone erede per la successione legittima o testata, pretendesse che la consolidazione gli derivasse dal medesimo titolo successorio ».

Adottano questa soluzione il Direttore delle « *Massime del registro* », p. 493, anno 1900, e il VIGNALI, nella *Enciclopedia giuridica*, v. *Registro* (tasse di), n. 115, p. 611.

stabilito per la formazione dell'inventario, e, quando questo sia prima compiuto, dalla data della sua chiusura, se gli eredi o legatari abbiano fatta esplicita dichiarazione di assumere tale qualità col beneficio dell'inventario.

Eppoi soggiunse la legge: « I termini stabiliti dal presente articolo per la denunzia dei trasferimenti per causa di morte sono applicabili alle denunzie della riunione dell'usufrutto alla nuda proprietà nei casi previsti dalla presente legge, e a quelle della devoluzione dei lucri dotali e dell'avveramento della liberalità subordinate all'eventualità della morte.

« Queste denunzie dovranno farsi da coloro a cui favore l'usufrutto, il lucro o la liberalità si devolve ».

Senza bisogno di alcuna spiegazione od interpretazione ognuno facilmente e senza esitazioni comprende che, trattandosi appunto di eredità accettata col beneficio d'inventario, il quale fu compiuto prima del giorno stabilito per la formazione del medesimo (art. 959 c. c.), il termine di quattro mesi per denunziare la riunione dell'usufrutto alla nuda proprietà decorre dal giorno della chiusura dell'inventario.

La legge è chiara, ed espressa con parole di comune intelligenza, per modo che i privati cittadini devono trovare ogni loro garanzia quando ne osservino le prescrizioni. Ed allora che la legge è chiara non meritano attenzione gli argomenti che in contrario potrebbero addursi a fine di attribuire alla legge stessa un diverso significato; nè al magistrato è lecito far distinzione quando la legge non distingue.

E si noti che la legge fu meditata, perchè con la precedente legge 14 luglio 1866, articolo 75 capo III era stabilito il termine di soli venti giorni per la denunzia della riunione dell'usufrutto alla nuda proprietà, ma in seguito ad analoga proposta il termine fu esteso a quattro mesi dall'inventario o dalla sua chiusura, e l'art. 79 fu emendato sì come è scritto tanto nella legge del 1874 quanto nella vigente legge del 1897, anzi il ministro riconobbe gl'inconvenienti che realmente si avveravano nei casi in cui per conseguenza di successione si riunisce l'usufrutto alla proprietà senza essersi preventivamente fatto l'inventario. « Colui cui spetta la denunzia potrebbe trovarsi assente, ignorare anche la morte dell'usufruttuario, gli eredi del defunto e gli esecutori testamentari possono non solo essere disinteressati, ma avere anzi contrario interesse del proprietario estraneo in cui va a confondersi l'usufrutto di una parte dei beni posseduti e goduti dal defunto; possono quindi nascere contestazioni su molti punti » (Proposta dell'onor. Sormani-Moretti, tornata del 27 febb. 1874).

E lo stesso ministro dichiarò espressamente che egli intendeva di estendere la proposta in tal modo che la ragione di così fare fosse generale per tutti i casi nei quali avviene la riunione dell'usufrutto colla proprietà, e non nel solo caso per cui questo fatto avvenga per successione. In sostanza egli si propose di rendere comune al fatto della riunione dell'usufrutto colla nuda proprietà, l'assieme delle disposizioni legislative che riguardano la successione (Rendiconti del Parlamento italiano, discussioni della Camera dei deputati, vol. II, tornata del 28 febb. 1874).

Ed a ragione, perchè, almeno nel caso concreto, trattandosi della stessa persona a favore della quale si consolida l'usufrutto e si devolve l'eredità accettata col beneficio di inventario, non poteva non ravvisarsi conveniente un termine unico per le relative denunzie, molto più che nel divenire all'inventario con la designazione degli immobili, la descrizione, la stima dei mobili, la designazione della quantità e specie delle monete per il denaro contante, l'indicazione dei titoli attivi e passivi, compresi gli oggetti sui quali sorge contesa fra gli interessati (art. 873 c. p. c.), è naturale che nell'inventario stesso si comprendano anche, come di fatto furono compresi, i beni appartenenti alla defunta come usufruttuaria, e sol dopo l'inventario, con la esclusione di questi beni all'erede, a favore del quale si consolida eziandio l'usufrutto già goduto dalla *de cuius*, sarà dato di deliberare con sufficiente cognizione di causa.

Del resto si tratta di un termine di favore accordato per la denunzia dell'eredità e dei legati accettati col beneficio dell'inventario, ed *in favorabilibus*, come dicevano i pratici, *semper indulgendum est*.

La Corte di Milano ha aggiunto alla legge quel che essa non dice, ha immaginato distinzioni che essa non fa, ha divagato a caso diverso dalla fattispecie, ed erroneamente ha fatto carico al Poulin di avere separatamente denunciato la successione e la consolidazione dell'usufrutto, mentre pel disposto dell'articolo 82 della citata legge, per la riunione dell'usufrutto alla nuda proprietà è prescritta una speciale denunzia da farsi nell'ufficio del registro nel quale fu registrato il passaggio della nuda proprietà.

Ond'è che accoglie il ricorso di Giorgio Poulin contro la sentenza della Corte di Milano.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

ROMA, 22 maggio 1901 = Villaspeciosa c. Sanna.

È nullo il pignoramento, eseguito presso l'esattore comunale, di tutte le somme di spettanza del Comune, senza distinguere fra quelle libere e quelle destinate a pubblico servizio (1).

Daniele Sanna, creditore di Vincenzo Meru di L. 400.05, pignorò tutte le somme che al suo debitore doveva il Comune di Villaspeciosa. Ed avendo quel sindaco colla sua dichiarazione affermato che il Comune doveva al Meru L. 351.87 per lavori eseguiti e L. 1000 per cauzione, il pretore, con sentenza passata in giudicato, assegnò dette somme al Sanna fino alla estinzione del suo credito. A base di tale sentenza il Sanna prima notificò precetto e poscia pignorò in danno di detto Comune presso l'esattore del cessato quinquennio 1883-1887 e quello del quinquennio 1898-1902 tutte le somme di spettanza del Comune. Si oppose il Comune, deducendo la insequestrabilità delle somme che si trovano presso gli esattori, perchè, vincolate al servizio dei bilanci, erano destinate ad uso pubblico. Il pretore accolse tale opposizione dichiarando nullo il pignoramento. Però sull'appello del Sanna, il tribunale di Cagliari, con sentenza 24 dic. 1898, dichiarò, allo stato degli atti, intempestiva l'opposizione del Comune, e rimise la causa per l'ulteriore corso al primo giudice, condannando il Comune alle spese, per la considerazione che prima di scendere all'esame del se erano sequestrabili le somme che si trovavano presso gli esattori, bisognava attendere le dichiarazioni di costoro per assodare non solo se somme tenevano, ma ancora se vi era il deposito di L. 1000 delle quali il Comune non poteva disporre e se le somme relative a lavori eseguiti dal Meru erano state messe in bilancio come è a supporre. Tale sentenza è stata denunciata alla censura di questo Supremo Collegio dal Comune di Villaspeciosa con ricorso che si affida a tre mezzi.

Coi primi due mezzi si sostiene a ragione che la sentenza impugnata implicitamente violò il principio della insequestrabilità di somme destinate ad uso pubblico.

Non è che tutte le rendite dei Comuni siano insequestrabili, sibbene quelle destinate ai pubblici servizi, epperò sono sempre insequestrabili quelle provenienti da imposte che in tanto si percepiscono dai Comuni, in quanto sono di assoluta necessità per provvedere ai pubblici servizi.

Lo stesso deve dirsi anche delle rendite patrimoniali dei Comuni destinate ad uso pubblico, sicchè sequestrabili sono le sole rendite patrimoniali che ad uso pubblico non siano destinate. Fissati tali principî sui quali, dopo tanto contendere, possono dirsi concordi scuola e giurisprudenza, quantunque a prima vista possa sembrare che i medesimi non vennero pregiudicati dalla sentenza impugnata, che prima di decidere sulla insequestrabilità delle somme pignorate, volle la dichiarazione degli esattori, pure sarà facile dimostrare che con tale rinvio venne frustrato lo scopo che colla insequestrabilità si volle raggiungere. Infatti sequestrare somme destinate a pubblici servizi importa disturbare e rendere quasi impossibile il funzionamento di una pubblica amministrazione con grave danno del pubblico interesse, che su quello del privato deve avere sempre prevalenza. Ora il pignoramento, come venne praticato dal Sanna, cioè su tutte le somme che si trovavano nelle pubbliche casse di spettanza del Comune, senza fare qualsiasi distinzione, importa che di tutte le somme pignorate, anche di quelle destinate ad uso pubblico, il Comune, allo stato delle cose, non possa disporre. Ed è l'attuale stato di cose che è contrario al principio anzidetto, stato di cose che doveva rimuoversi, per impedire che i pubblici servizi rimanessero paralizzati con danno grave per tutti i cittadini e della pubblica amministrazione, che non potendo disporre delle somme tutte che sono nelle sue casse, resta disturbato nell'esercizio delle sue funzioni. Vero è che il Sanna, nel corso del giudizio disse che intese pignorare le sole rendite patrimoniali, ma tale dichiarazione non impedisce i danni gravi innanzi accennati, sia perchè contraria all'atto di pignoramento che non contiene qualsiasi limitazione, sia perchè alla tardiva dichiarazione non erano presenti gli esattori i quali, vincolati dall'atto del pignoramento, non avrebbero consentito al Comune di disporre di qualsiasi somma. D'altra parte, neppure tutte le rendite patrimoniali del Comune sono sequestrabili, ma quelle soltanto non destinate ad uso pubblico, il che importa che anche per questa ragione la postuma dichiarazione o limitazione non vale a sanare il vizio del pignoramento. Ed ove si aggiunga che gli esattori neppure potrebbero da sè conoscere e distinguere tra rendite destinate ad uso pubblico e rendite che tale destinazione non hanno, sarà necessità conchiudere che la tardiva dichiarazione del Sanna non muti il vero stato delle cose, quello cioè pel quale il Comune pel pignoramento, resta nella impossibilità di esercitare le sue funzioni nel pubblico interesse.

E se così è, ognun vede che il magistrato

(1) Riguardo all'esecuzione forzata sui beni comunali, v. da ultimo stessa Corte, 4 maggio 1899, in *Filangieri*, 1900, 52, col richiamo in nota.

doveva rimuovere senza indugio il pignoramento che era causa di tanto danno, che è il danno che si volle impedire rendendo insequestrabili le rendite destinate ad uso pubblico. È per queste ragioni che deve cassarsi la sentenza impugnata, senza scendere all'esame del III mezzo, relativo alle spese d'appello.

P. q. m., cassa e rinvia.

—

ROMA, 21 maggio 1901 — *Pres.* Caselli — *Est.* Capotorti — *P. M.* Quarta A. G. = Compagnia d'Assicurazione di Milano c. Finanze.

1. *L'art. 25 della legge sull'imposta sui redditi di R. M. 24 agosto 1877 non vieta alle Finanze di prendere in esame e rettificare i bilanci regolari delle Società anonime allo scopo di commisurare agli stessi l'imposta di R. M.* (1).

2. *Le imprese d'assicurazione sulla vita devono corrispondere l'imposta di R. M. su quella parte d'interessi che sebbene prodotti dall'impiego della riserva matematica rimane a profitto delle stesse Compagnie* (2).

La Compagnia d'assicurazioni di Milano, agli effetti dell' imposta di R. M. per l'anno 1896, presentò denuncia del proprio reddito industriale per la somma di lire 193,145.12. L' agente delle imposte rettificò la denunzia, aggiungendo nell' attivo del ramo *vita* la somma corrispondente a quella parte di interessi prodotti dall'impiego della riserva matematica, che era rimasta in profitto della Compagnia.

Questa reclamò in via amministrativa, e quantunque avesse ottenuto decisioni favorevoli dalla Commissione di prima istanza e da quella d'appello, non ebbe eguale fortuna innanzi la Commissione centrale, la quale tenne ferma la rettifica dell'agente, e mandò alla Commissione provinciale di fissare l'ammontare del reddito omesso, ciò che fu fatto, ed il reddito determinato nella somma di L. 20,000.

Quindi la Compagnia si rivolse all' auto-

---

(1) Con la decisione che riferiamo, la C. S. è ritornata alla sua giurisprudenza, dalla quale si era ultimamente allontanata con la sentenza 3 aprile 1900 in causa Finanze c. Compagnia d'assicurazione *L'Union*. Gioverà riferirne la motivazione in diritto. « Secondo l'art. 196 cod. comm., il bilancio delle aziende sociali deve dimostrare con evidenza e verità gli utili realmente conseguiti e le perdite sofferte. Accade così che dovendo il bilancio delle società commerciali essere lo specchio fedele delle condizioni economiche di esse in designati periodi, il legislatore ha posto ogni cura nel disciplinarlo. Di vero le società aventi per oggetto le assicurazioni di cui occorre ora occuparsi, dispone l'articolo 177 di detto codice dovere uniformare il loro bilancio al modello stabilito con R. D. che venne pubblicato al 9 gennaio 1887. In questo si prescrisse comprendere il bilancio lo stato patrimoniale della società, ossia attivo e passivo dell'azienda sociale al termine dell'esercizio, il conto dei profitti e delle perdite, bilancio da depositare presso il Tribunale di commercio e da trasmettere al Ministero di agricoltura e commercio. Il bilancio dunque della società d'assicurazione è la realtà delle condizioni economiche delle medesime. Non è possibile conoscere tali condizioni economiche senza disaminare e ponderare le partite del bilancio. Al di fuori dello stesso non vi sarebbero che confusioni e facile oblio di profitti e perdite. A buona ragione il medesimo legislatore nell'art. 25 della vigente legge sulla R. M. ebbe a disporre che alle società anonime, fra cui si annoverano quelle delle assicurazioni, sarà commisurata l'imposta sui loro redditi in base al bilancio ed al rendiconto dell'anno solare antecedente a quello in cui debbono presentarsi le denunzie. E dispone nel contempo comunicarsi per gli effetti dell'imposta i bilanci ed il rendiconto dell'esercizio all'agenzia delle tasse, in originale o copia autentica. Da tutto ciò apertamente sorge che all'agenzia nell'applicare l'imposta di R. M. alle società di assicurazione, incomba avere presente le condizioni economiche, cioè il loro stato patrimoniale, nell'attivo o nel passivo, nel profitto e nelle perdite, condizioni economiche che costituiscono la vita reale della società, l'effettiva sua evoluzione commerciale e che non possono rilevarsi se non dal bilancio e rendiconto dei profitti e perdite. Non è dato in conseguenza concedere che l'agenzia prescinda dai bilanci e rendiconti seguendo il criterio delle percentuali od altro simile. Si sostituirebbe così al criterio della legge un criterio diverso, che nella specie è addirittura l'opposto. Si aggiunga che, nell'applicare il criterio della percentuale, manca l'esame della natura delle spese in deduzione, essendo lecito, giusta l'art. 32 della ripetuta legge, dedurre le sole spese inerenti alla produzione; ricerca non agevole come rendono fede giurisprudenza e dottrina. La legge di R. M. coll'art. 37 ed il relativo regol. coll'art. 65, escludono l'arbitrio nell'applicazione dell'imposta; ed è a questo fine che si permettono agli agenti delle imposte ed alle Commissioni parecchie facoltà. All'agente però ed alle Commissioni si permette, non si vieta, ogni specie di indagine a scopo di verificare l'esattezza ed utilità dei profitti e delle perdite, deducendo le spese inerenti. L'art. 60 del regol. dispone che quando l'agente abbia raccolti tali elementi da provare che i documenti prodotti in appoggio di una dichiarazione non presentino il vero reddito, possa restituire la somma dichiarata, inculcandogli soltanto il dovere, in simili casi, di invitare prima il dichiarante per ottenere chiarimenti e spiegazioni ».

(2) Cfr. da ultimo Cass. Roma, 8 maggio 1899 in *Filangieri*, 1899, 607.

rità giudiziaria; ma ebbe sentenza contraria tanto dal Tribunale di Milano, quanto dalla Corte d'appello, e contro il pronunciato di quest' ultima ora ricorre per annullamento, denunziando:

1.º La violazione dell'art. 25 della legge di R. M. in relazione all' art. 177 c. comm. e al r. d. 9 genn. 1887;

2.º La violazione della legge 11 agosto 1889 e dell'art. 8 n. 2 della legge sulla imposta di R. M.;

3.º La violazione dell'art. 360 nn. 6 e 7 in relazione all'art. 517 n. 6 c. p. c.

Col I mezzo in sostanza si qualifica come illegale l'accertamento, imperocchè nel bilancio non figurano i frutti della riserva matematica, la quale è contrapposta in passivo ai frutti dell'intiero patrimonio sociale, ed il reddito controverso fu ottenuto coll'espediente di aggiungere all'attivo quella parte di interessi, che sebbene prodotti dall'impiego della riserva matematica, era rimasta a profitto della Compagnia, tutto ciò in opposizione alla legge, la quale non permette di avere altro criterio che non sia quello risultante dai bilanci. Questi bilanci, compilati e depositati in conformità all'articolo 177 c. comm. e del R. D. 9 genn. 1887, s'impongono coi loro risultati, onde a riguardo delle Società anonime per azioni non si procede per valutazione od apprezzamento del reddito, ma la tassa semplicemente si commisura a tali risultati.

Simili deduzioni però se possono valere contro l'assunto di chi volesse prescindere dai bilanci nell'accertamento dei redditi industriali delle società di assicurazione da sottoporsi all'imposta, seguendo un sistema di medie o di percentuali, o adottando altri criteri di transazione desunti da elementi estrinseci, ammissibili per altre categorie di contribuenti, non hanno valore di sorta quando le rettifiche dell'Agenzia delle imposte sono basate appunto sui bilanci e sui rendiconti annuali. Non è una verità formale, che viene proclamata dai bilanci, contro la quale non sia ammessa alcuna indagine, neanche sull'esattezza e sincerità delle cifre espostevi, e la legalità della forma non vieta di ricercare ed accertare tutti i redditi, ai quali l'imposta deve essere commisurata. I bilanci ed i rendiconti sono senza dubbio i mezzi più adatti a rispecchiare le condizioni economiche di una Società, e con ragione la legge dispone l'imposta doversi commisurare in base ad essi, ma ciò non importa che i loro risultati siano insindacabili, importa soltanto che essi debbono servire di sostrato, e segnare il punto di partenza di un esame qualsiasi, imperocchè anche per semplicemente commisurare l'imposta, come dice il ricorso, occorre esaminare e determinare nella loro consistenza ed estensione gli elementi ai quali la imposta deve andare applicata.

La stessa disposizione di legge invocata dalla ricorrente prescrive la comunicazione dei bilanci e dei rendiconti dell'esercizio all'Agenzia delle imposte, e ciò certamente non per rilevarne le nude cifre segnate per profitti, sibbene per sottoporli ad esame e ad osservazioni. I bilanci indicano una certezza di fronte ai criteri presunti ammessi in materia d'imposte, in quanto si riferiscono a fatti già consumati e non semplicemente preveduti. Ma se dissimulano i profitti o ne occultano una parte, non può essere negato alla Finanza il diritto di ristabilire il vero ammontare di essi, perchè la finalità della legge è che l'imposta sia proporzionata al reddito qual'esso è, e non quale apparisce.

La sentenza denunziata ha ritenuto che la Compagnia ricorrente si era limitata a dichiarare nell'attivo, anzichè gli effettivi ricavi dell'impiego delle riserve, soltanto l'ammontare degli interessi tecnici, mentre il servizio di questi interessi, calcolati secondo tavole prestabilite, non esauriva i frutti di dette riserve, perciò l'eccedenza costituiva nè più nè meno che un profitto della Compagnia soggetto all'imposta. L'impiego delle riserve è un fatto noto perchè voluto dalla legge, e non è dubbio che esso produca frutti. È poi ammesso dalla stessa Compagnia che questi frutti non figurano nel bilancio. Dunque si è proceduto sopra a dati noti, ed allora con qual fondamento si fa la ricorrente a lamentare la illegalità dell'accertamento del reddito controverso?

Il II mezzo assume che per la legge 11 aprile 1889 tutta la riserva matematica è sottratta all'imposta, e scindendola per assoggettarne una parte all'imposta si offende la legge; e che inoltre essendo la riserva impiegata in titoli o nell'acquisto di altri beni le cui rendite scontano il tributo, col sottoporre a tassa una parte dei prodotti della riserva si offende egualmente la legge operando una duplicazione d'imposta. Questo assunto fu propugnato dalla Compagnia ricorrente in occasione dell'accertamento dell'anno innanzi a quello che ha dato luogo alla presente controversia, ma fu da questa Corte respinto: nè per discutere che si faccia esso acquista miglior consistenza. Resta sempre vero in fatto che prima della legge 11 aprile 1889 tutti gli interessi delle riserve erano considerati come utili sociali, e secondo la giurisprudenza invalsa, soggetti all'imposta come ogni altro reddito industriale, e che lo scopo di detta legge, quale risulta chiaro dalle sue parole, fu di sottrarre all'imposta le somme destinate a costituire la riserva matematica. Ora questa

si compone di una porzione dei premi e degli interessi composti secondo norme prestabilite, o interessi tecnici, ed è poco pratico indugiarsi a ricercare se la riserva matematica appartenga agli assicurati, e non costituisca piuttosto un deposito a garanzia dell'adempimento di obblighi futuri. Basta sapere che un fondo di riserva esiste, con distinzione invariabile, un fondo immobilizzato, attesa la certezza degli obblighi futuri cui deve far fronte. È in vista di questa certezza che la legge 11 aprile 1889 agli effetti dell'applicazione della tassa mobiliare, considera la riserva matematica come un fondo a parte, quasi sottratto al patrimonio sociale ed amministrato nell'interesse degli assicurati, disponendo che non fossero a comprendersi nel reddito delle Società d'assicurazione le somme destinate a costituirlo. I frutti prodotti dalla riserva matematica a questa appartengono in quanto servano ad aumentarla in misura corrispondente al graduale aumento del rischio; onde ne segue che quando essi eccedono le somme occorrenti ad impinguare degli interessi tecnici la riserva, l'eccedenza rimane senza destinazione e costituisce un profitto della Società e come tale un reddito industriale di queste.

Non è la riserva che in tal modo venga scissa, per sottoporne una parte all'imposta, ma l'impiego dei suoi prodotti viene seguìto e controllato; imperocchè in tanto gli interessi dei capitali della riserva non si comprendono nel reddito industriale, in quanto, capitalizzati, vadano ad aumentare la riserva medesima.

La legge esclude dal computo del reddito industriale le somme destinate a costituire la riserva, ma l'esenzione dura fino a che dura la destinazione e nella misura da essa richiesta. Soddisfatta la esigenza di completare la riserva, le somme eccedenti rientrano sotto la disposizione dell'art. 30 della legge 24 agosto 1877 che nella determinazione del reddito imponibile della Società d'assicurazione tutte le somme comprende portate al fondo di riserva e di ammortizzazione.

Queste osservazioni servono pure ad escludere la pretesa violazione dell'art. 8 n. 2 della citata legge 24 agosto 1877 per duplicazione d'imposta sul medesimo cespite; imperocchè la tassa che colpisce i frutti della riserva a seconda della loro natura speciale diminuisce le somme colle quali debbono essere costituite le riserve, e non tocca la Società d'assicurazione, e se ciò nonostante si abbia ancora un'eccedenza che dia alla Società un profitto netto, questo non può considerarsi come prodotto dell'amministrazione del fondo di riserva, come un reddito derivante dall'industria.

Non è meglio dei due precedenti fondato il III mezzo, con cui si accusa la sentenza di omessa motivazione e pronunzia, per avere essa respinto, senza assegnare adeguate ragioni, l'istanza di una perizia diretta a constatare l'inesistenza nel patrimonio della Compagnia di un cespite costituente la riserva matematica investito in determinati titoli, mutui, od acquisti di stabili, perchè i premi al momento dell'incasso si confondono cogli altri proventi dell'assicuratore.

Non aveva infatti bisogno la Corte di merito di assegnare speciali ragioni senza ritornare sulla discussione fatta per respingere un mezzo istruttorio che ammetteva la possibilità di una soluzione tutta affatto opposta a quella da essa adottata. La reiezione era una conseguenza del sistema dalla Corte seguìto, e l'accenno dell'inutilità della perizia era sufficiente a dimostrare che l'istanza relativa non era stata trasandata. Del resto per quanto non distinto materialmente, ma solo risultante dalla iscrizione in passivo delle somme destinate all'adempimento di obblighi futuri, l'esistenza della riserva matematica era ammessa dalla Compagnia, la quale non negava pure che per l'art. 145 c. comm. un quarto dei premi devono trovarsi investiti in rendita pubblica e depositata per garanzia degli assicurati. L'inutilità della perizia era perciò intuitiva, se per considerazioni di diritto suggerito dalle parole e dallo scopo palese della legge 11 aprile 1889 si veniva a riguardare la riserva come un ente per sè stante.

P. q. m., rigetta.

ROMA, 10 maggio 1901 — *Pres.* Caselli — *Est.* Tivaroni = Società Elettrica Alta Italia c. Finanze.

Il contratto con cui un Comune concede ad una società l'impianto e l'esercizio di tramvie elettriche nonchè della pubblica distribuzione di energia elettrica, è analogo al contratto di locazione d'opera o di appalto e quindi va tassato a sensi dell'art. 49 della tariffa annessa alla legge di registro (1).

Nel 13 febbraio 1897 fra il Comune di Torino e la Società Anonima Elettricità

(1) Cfr. per l'analogo caso della concessione da parte del Comune a una Società della costruzione ed esercizio di una linea tramviaria sotto la sorveglianza del Comune, la pregevole sentenza della stessa C. S. 26 gennaio 1894 in *Giurispr. ital.*, 1894, 204 (Analog. 19 aprile 1891, in *Foro it.*, 1891, 814). Tale è pure l'avviso del BARASSI (*Contratto di lavoro*, p. 127-130): « Per risolvere la questione mi sembra opportuno risalire al noto criterio differenziale: qual'è la presta

Alta Italia si stipularono due atti, a rogito Giovanelli, coll'uno dei quali il Comune concesse alla Società l'impianto e l'esercizio per anni trenta di diverse linee tramviarie elettriche nelle vie ivi indicate, e coll'altro, sempre per anni trenta, l'impianto delle condutture elettriche necessarie per il trasporto e l'utilizzazione nel territorio e nella città di Torino della energia elettrica ottenibile colla forza motrice idraulica di 4000 cavalli-vapore che detta Società si proponeva di sviluppare con apposito impianto sulla Stura a monte di Lanzo.

L'ufficio di registro ritenne applicabile nella fattispecie l'art. 49 della tariffa, come se si trattasse di contratti d'appalto, e quindi, alla stregua dell'1.20 per cento, liquidò rispettivamente le tasse in L. 21,864 e 11,856.

La Società, ritenendo invece che fosse meglio appropriata la tassazione minore delle locazioni, evocò davanti il tribunale di Torino l'Amministrazione delle Finanze chiedendo:

1.° Dichiararsi che la tassa dovuta per la registrazione del contratto primo indicato è di L. 0.25 per cento sull'importo del compenso dovuto dalla Società al Comune.

In sottordine dichiararsi che la tassa dovuta è di L. 0.25 per cento sull'importo del detto compenso e su quello del valore che al termine della concessione possa avere il materiale fisso della Società collocato sul suolo pubblico in forza della cessione di cui si tratta.

Conseguentemente dichiararsi tenuta la Finanza a restituire le pagate L. 21,864 sotto deduzione della tassa da liquidarsi sulle basi sovra spiegate.

2.° Dichiararsi tenuta la Finanza a restituire siccome indebitamente percette le L. 11,856 pagate per la registrazione del secondo atto, sotto deduzione di L. 255.

Con sentenza 17 luglio 1899 il tribunale assolse l'Amministrazione dalle attrici domande. Appellò la Società; ma la Corte di Torino con sentenza 20 febb. 1900 respinse il gravame. Avverso tale sentenza ricorre la Società predetta pel seguente mezzo:

Falsa applicazione degli art. 49 e 50 della tariffa annessa alla legge (testo unico) sulle tasse di registro 20 maggio 1897; violazione degli art. 41 e 44 della stessa tariffa.

L'appalto è un contratto, per cui una delle due parti si obbliga a fare o a prestare per l'altra un'opera o lavoro determinato, mediante la pattuita mercede. Non si può concepire senza di ciò l'esistenza di un contratto d'appalto. Ora nella specie non esiste un'opera nè tampoco un lavoro che una persona debba eseguire per incarico e per conto di un'altra persona mediante corrispettivo. La Società Elettricità Alta Italia, intendendo di fare anche in Torino l'impianto di energia elettrica per illuminazione e per forza motrice, chiese ed ottenne in base alla legge 7 giugno 1894 l'autorizzazione del Comune di attraversare colle sue condutture elettriche le vie e le piazze della città.

Donde la convenzione 13 febbraio 1897 (seconda indicata) dalla quale esula completamente il concetto d'appalto. Imperocchè è la Società Elettrica Alta Italia, e non il Comune che intese di fare un impianto di condutture elettriche nel territorio e nella città di Torino, e lo volle fare, e lo fece, non per conto del Comune, sibbene invece per conto proprio, per una speculazione esclusivamente sua propria.

Fatto l'impianto, non fu il Comune che ne assunse l'esercizio, ma la Società.

E per fare quell'impianto non solo il Comune non pagò nulla alla Società, ma fu invece la Società che, in corrispettivo del permesso ottenuto, pagò un canone annuo al Comune.

Epperò appare manifesto, che con detta convenzione non si è stipulato un appalto, ma si è accordato, mediante un congruo corrispettivo e sotto l'osservanza di determinate condizioni, nulla più e nulla meno che un puro e semplice permesso. La Corte ritenendo il contrario violò la legge.

E tali considerazioni valgono anche per il primo contratto.

La Corte d'appello nella denunziata sentenza rettamente osservò, che la questione sottoposta al suo giudizio non era già

---

zione principale? È quella del Comune che permette alla Società appaltatrice il godimento di un'utilità, oppure è quella della Società che si obbliga verso il Comune a provvedere a un determinato servizio pubblico? Di primo acchito si risponde in quest'ultimo senso. E io credo non a torto. È evidente che non è tanto l'interesse privato della speculazione dell'appaltatore che viene in prima linea, quanto la necessità di sodisfare a un certo interesse pubblico. Il lucro che l'appaltatore possa eventualmente ritrarre viene in seconda linea, viene di riflesso, tant'è che può e non può esserci: è *eventuale*, mentre eventuale è assurdo che sia il soddisfacimento della viabilità, trasporto, provvista d'acqua potabile, di illuminazione elettrica allorquando esista un vero e proprio impegno assunto dalla Società di fronte al Comune . . . » (pagina 129).

Riguardo alla natura del contratto di somministrazione di energia elettrica fra l'azienda produttrice e il consumatore, si vegga da ultimo Cass. Roma, 16 agosto 1899, in *Filangieri*, 1899, 796, colla nota. — Riguardo al furto di energia elettrica, v. Cass. pen., 23 ottobre 1900, pure in *Filangieri*, 1901, 154, coi richiami.

di vedere, se le indicate due convenzioni costituissero appalti anzichè locazioni di cose, ma invece se e quali contratti contemplati esplicitamente nella tariffa annessa alla legge sul registro, si accostassero per natura ed effetti piuttosto all'una che all'altra delle dette due forme di convenzione per ricevere la tassazione corrispondente, giusta l'art. 6 della legge medesima.

Scendendo quindi la Corte all'esame di tale questione, affermò che detti atti nella loro giuridica consistenza eccedevano evidentemente la figura di semplice permissione d'uso di suolo pubblico contro corrispettivo, ragguagliabile alle locazioni di cose, per raggiungere gli estremi di vere concessioni-contratto, in cui l'atto autoritario si combinava coll'atto di gestione per dar vita ad obblighi contrattuali reciproci ed avvinceva il concessionario a provvedere ad un pubblico servizio a vantaggio della collettività od a procurare somministrazioni di uso e d'interesse generale; concessioni-contratto che per la loro sostanziale obbiettività presentavano ben maggiore analogia cogli appalti.

Ed a giustificare codeste affermazioni la Corte trasse esatto argomento, sia dalla definizione data dalle parti alle due convenzioni, sia dalle principali pattuizioni che ne ponevano in chiara luce il significato e la portata. In base a tali criteri ritenne con sovrano giudizio di fatto, che lo scopo propostosi dal Comune nell' addivenire alla prima convenzione si era, da una parte, di avvincere la Società ad impiantare nell'interesse pubblico un servizio vantaggioso di trasporti, nei modi e nei termini da esso voluti, e dall'altra, di procurare a sè medesimo, al termine della concessione trentennale, l'acquisizione gratuita di tutto il materiale fisso della Società collocato sul suolo pubblico, con diritto inoltre di rilevare a prezzo d'estimo per proprio conto, o per i nuovi concessionari delle linee tutto il rimanente dell'installazione.

Ritennero del pari i giudici di merito con insindacabile giudizio di fatto, che col secondo contratto il Comune concedette alla Società il diritto di predisporre nel territorio e nelle vie della città quel sistema di trasmissione e distribuzione delle correnti che valesse a preparare e provocare la richiesta e lo smercio della energia, ed in altri termini, ad impiantarvi l'industria, e ciò senza impegnarsi ad esclusività o privilegio, ma pur sempre accordando una precedenza in ordine di tempo, e questa concessione delimitò ad un solo trentennio e la diresse al duplice obbietto di disciplinare non solo per una parte l'impianto nei riguardi della pubblica incolumità, e del minor possibile ingombro o disturbo alla viabilità, ma di vincolare la Società a compiere i lavori in un termine prefisso, ad adottare speciali sistemi di impianto e preferire nella provvista del materiale l'industria nazionale, ad assicurare la continuità del servizio mediante una generatrice di riserva a vapore, e sopratutto a non eccedere nella concessione di forza ai privati il *maximum* di corrispettivo concordato in apposita tariffa, onde fosse alla collettività assicurata a condizioni vantaggiose la provvista di energia, e di riservare dall'altra parte a sè medesimo somministrazione a prezzi di favore di mille cavalli vapore per servizi propri e il diritto di rilevare, ove lo credesse conveniente, a prezzo d'estimo al termine della concessione, sulla base del valore commerciale e col ribasso del 50 per cento, tutti gli impianti esistenti nel territorio che altrimenti dovrebbero essere rimossi senza compenso.

Donde la Corte giustamente dedusse che, di fronte alla notata obbiettività e disciplina delle due convenzioni, erano frustranei gli sforzi della Società per adattarvi, agli scopi fiscali, natura ed effetti analoghi piuttosto alla locazione di cose che non ai pubblici appalti, indifferenti od inattendibili essendo i riflessi che la Società e non il Comune, avesse assunta l'iniziativa della speculazione, la costruzione e l'esercizio dell'industria per conto proprio e non del Comune e questo si fosse solo limitato a renderla possibile concedendo il mezzo idoneo, cioè l'occupazione del suolo pubblico contro un adeguato compenso. Imperocchè, se è vero che l'occupazione del suolo pubblico non entri in funzione che quale semplice mezzo e quindi non valga per sè ad esaurire il contenuto del contratto e tanto meno a caratterizzarlo, egli è pur costante che la finalità è quella che ne informava e ne ampliava la portata, l'indole e la comprensione, e così, presupposta la convenienza di entrambe le parti, cioè un'utilità convergente al contratto, assegnava (indipendentemente dall'averne l'una o l'altra assunto l'iniziativa) una spiccata e decisa prevalenza all'obbiettivo d'interesse generale di uno stabile impianto di un lodevole servizio pubblico di trasporti e di una somministrazione a buon mercato di energia per usi pubblici e privati, su quello di una semplice temporanea utilizzazione delle strade e del suolo pubblico, o di una semplice adesione ad una transitoria speculazione privata, e nello stesso tempo conferiva allo sfruttamento lasciato per un trentennio alla Società del monopolio dei trasporti e della provvista e distribuzione di energia la caratteristica di un compenso concesso dal Comune alla Società in corrispettivo di un

impianto di un servizio e di una somministrazione temporanea di pubblica necessità e di una costruzione di opere stabili e permanenti destinate a cedere in parte a libito del Comune ad una sua gratuita o vantaggiosa acquisizione; tantochè i canoni o prelievi posti a carico della Società rappresentavano, meglio di un compenso di utilizzazione del suolo pubblico, un contributo di spese od una limitazione ai proventi del monopolio o dell'industria, cioè al corrispettivo delle opere.

Il Supremo Collegio non può a meno di plaudire a tali motivi della denunziata sentenza, i quali valgono di per sè a confutare il contrario assunto della Società dimostrando in un modo evidente l'esistenza, non già dell'identità delle due convenzioni cogli appalti comunali, ma bensì quell'analogia cogli stessi che ne impone l'assimilazione agli effetti della legge sul registro.

Conchè i magistrati del merito si uniformarono alle massime altre volte proclamate da questa Corte regolatrice e costituenti oramai *ius receptum* nella soggetta materia, giusta le quali le convenzioni della specie in esame si devono assimilare agli appalti, non facendosi altro in sostanza colle stesse che commettere la costruzione di opere per conto dei primi, comechè dirette al pubblico servizio e quindi rivestite del carattere di opere di pubblica utilita, sia nell'interesse collettivo, sia in quello individuale degli amministrati. Nulla importa che le convenzioni medesime impongano l'obbligo al concessionario di corrispondere ai Comuni un annuo canone.

Imperocchè tale canone altro non rappresenta che un prelievo sugli utili che renderà l'esercizio del pubblico servizio; utili costituenti il corrispettivo delle opere assegnate dai concedenti al concessionario.

Nè alcun argomento in contrario può dedursi in ordine al secondo contratto dalla legge 7 giugno 1894, in virtù della quale ogni proprietario è tenuto a dar passaggio per i suoi fondi alle condutture elettriche sospese o sotterranee che vogliano eseguirsi da chi abbia permanentemente od anche solo temporaneamente il diritto di servirsene per gli usi industriali. Imperocchè nella specie non trattasi di un mero permesso, d'una concessione pura e semplice, di cui, per la detta legge, si lascia al concessionario la facoltà di servirsene, o meno. Ma si tratta invece di un contratto bilaterale ed a titolo oneroso, in virtù del quale la Società si obbligò alla costruzione ed all'esercizio di un'opera di pubblica utilità, sotto determinate condizioni: il quale contratto per la sua oggettività, come si dimostrò, si avvicina, più che ad ogni altro, ai contratti d'appalto.

Vanamente termina il ricorso osservando essere assurdo il rilievo della Corte, che l'avere le parti stipulato un contratto sia tal fatto che basti ad escludere che l'impresa della Società sia una speculazione puramente privata per farla diventare un appalto vero e proprio.

La Corte, difatti, giova ripeterlo, non disse che i due contratti costituivano veri e propri appalti, ma disse invece che ricorreva negli stessi quell'analogia cogli appalti comunali, che ne imponeva l'assimilazione agli effetti della legge di registro, e tale giudizio dedusse. non già dal fatto in sè della stipulazione di quei contratti, bensì dalla natura, dall'indole, dal contenuto, dalla portata dei medesimi, dalla obbiettività e disciplina delle relative stipulazioni e dalle finalità avute in mira dalle parti.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

TORINO, 22 aprile 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Taglietti — *P. M.* Cavalli = Ivaldi c. Gorziglia.

1. *Non è dalle modalità processuali usate od occorse che si possa considerare come conservativo un sequestro ordinato a lite pendente o che sia introdotto allo scopo di assicurare una determinata cosa controversa.*

2. *Pel* sequestro giudiziario *non è necessario il giudizio di conferma neanche nel caso in cui la lite non sia ancora stata iniziata* (1).

Col I mezzo del ricorso si sostiene anzitutto essersi falsamente applicato l'art. 921 cod. proc. civ. e violato dalla denunciata sentenza il successivo art. 924 stesso codice, in quanto, avendo Luigi Gorziglia inteso di provocare una misura conservativa col sequestro da lui domandato, non avrebbe perciò dovuto il tribunale caratterizzare quel sequestro come giudiziario.

Questa prima censura però non ha fondamento, imperocchè non è dall'apprezzamento, talora erroneo, fatto dalle parti sulla natura giuridica di un atto, che il giudice deve desumere i criteri per definirlo, ma deve egli invece esaminare direttamente i veri ed essenziali elementi dell'atto stesso per caratterizzarlo secondo la legge. Ora se il sequestro giudiziario contemplato dal succitato art. 921 è, come non vi ha dubbio, una misura che dalla giudiziaria autorità si accorda quando havvi una lite pendente od una lite che si introduce al solo scopo di assicurare

(1) Massima assai controversa. — In senso contrario, v. da ultimo, LESSONA, *Manuale della proc. civ.*, pagina 567.

la determinata cosa controversa da un arbitrario e abusivo esercizio delle proprie pretensioni sulla medesima, che sia possibile per parte di uno dei pretendenti a cui torni facile alterarla, sottrarla o deteriorarla, egli è chiaro che nel caso in esame si trattava di sequestro giudiziario e non di sequestro conservativo, poichè esso era stato chiesto ed accordato non sopra beni mobili in genere spettanti al debitore o sopra somme dovute al debitore, allo scopo di conservare al creditore le guarentigie del suo credito che fossero in pericolo di perdersi, ciò che caratterizza il sequestro conservativo, ma sopra una cosa mobile, determinata quantità di vino, che trovandosi nelle mani dell' acquisitore Marco Ivaldi, che non ne aveva ancora soddisfatto il prezzo sul cui pagamento al venditore Gorziglia era sorta questione, poteva venire alterata o sottratta od anche soffrire deteriorazione.

Del resto, tanto nel ricorso sporto per ottenere il sequestro, quanto nel decreto con cui questo venne accordato, non essendosi accennato alcun articolo di legge, poteva tanto più il tribunale, apprezzando le speciali circostanze del caso, richiamare alla sua vera natura giuridica il provvedimento ottenuto da Gorziglia e qualificarlo come realmente era, sequestro giudiziario, anzichè conservativo.

Col II mezzo si pretendono violati gli articoli 921, 924, 935, 933 c. p. c., perchè il tribunale non ritenne nulli e l'atto di citazione 16 giugno 1899 per la rivocazione o conferma del sequestro come non notificato nè alla persona nè alla residenza dell'Ivaldi, e quello successivo del 14 luglio, erroneamente ravvisando non applicabili al sequestro giudiziario le norme dalla legge prescritte pel sequestro conservativo, sebbene si trattasse di sequestro giudiziario accordato quando non era ancora pendente il giudizie di merito.

Ma nemmeno queste pretese violazioni si possono ravvisare fondate. Invero, già si è dimostrato confutandosi il I mezzo che nel caso in esame trattasi di sequestro giudiziario e non di conservativo. Ora il sequestro giudiziario contemplato dall' art. 921 c. p. c. non richiede che già sia pendente un giudizio, potendo esso concedersi anche quando sia solo per promuoversi una controversia sopra una cosa mobile o riguardo ad un immobile in vista della necessità e dell'urgenza di ottenere quella misura onde impedire un pericolo imminente prima che si abbia tempo ad istituire una lite.

Ed essendo così sequestro giudiziario eziandio quello che, a lite non ancora introdotta, si accorda a senso dell'art. 921 c. p. c., anche per esso devesi perciò ritenere pur tenendo conto dell'indole sua giuridica essenzialmente e totalmente diversa da quella del sequestro conservativo, che le speciali regole di procedura tracciate per il sequestro conservativo e così anche quella dell'art. 931 di detto codice, e la sanzione relativa del successivo art. 933, come non sono evidentemente applicabili al sequestro giudiziario, previsto dall'art. 1875 c. c., così non debbono nemmeno applicarsi a quello contemplato all'art. 921 codice di rito, e concesso sebbene non ancora pendente il giudizio di merito, non presentandosi necessario nemmeno per esso il giudizio di conferma prescritto pel sequestro conservativo.

Quand'anche poi siavi analogia tra le due specie di sequestro previste dagli art. 921 e e 924 c. p. c., essa non autorizzerebbe certo ad estendere le sanzioni penali e di decadenza contenute nei successivi art. 931 e 933 dello stesso codice al sequestro giudiziario, mentre esse sono dettate pel caso in cui di sequestro conservativo si tratti.

Rettamente pertanto ebbe la denunciata sentenza a ritenere che le norme di procedura prescritte per il sequestro conservativo non erano applicabili al giudiziario ed a non far luogo quindi all'applicazione dell'articolo 933 succitato, secondo cui il sequestro in questione non avrebbe avuto effetto, come pure ebbe a ragione, e quale conseguenza giuridica, ad escludere la riserva all'Ivaldi dell'azione di danni, non potendo verificarsi la colpa come base dei medesimi quando si tratta di una misura che si concede nell'interesse delle parti e in quello stesso della giustizia onde assicurare efficacia alla dichiarazione giudiziale sulla cosa controversa, che sarà per emanare a ragione conosciuta.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

ROMA, 23 marzo 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Natale — *P. M.* Barracano S. P. G. — Comune di Roma c. Raveggi.

1. *Per la nuova legislazione sanitaria è da ritenersi soppressa ogni forma di monopolio comunale sulle pompe funebri* (1).

2. *Il Comune che non volle rilasciare al privato il certificato concernente i carri, coi quali il medesimo intendeva esercitare l'industria delle pompe funebri, è responsabile verso di lui* (2).

Dopo le disposizioni degli articoli 17, 20 e seguenti del regolamento generale

(1-2) Cfr. da ultimo, A. Roma, 10 febbraio 1900, resa in questa medesima causa (*Filangieri*, 1900, 294. col richiamo).

25 luglio 1892 sulla polizia mortuaria, pubblicato in relazione agli art. 70 e 71 della legge sanitaria 22 dic. 1888, può il Comune di Roma insistere sull'esclusività del servizio dei trasporti e delle pompe funebri, in base all'art. 47 del regolamento locale 29 luglio 1872; ovvero deve contentarsi dell'alta vigilanza e della ricognizione d'idoneità sugli speciali mezzi di trasporto che fossero richiesti dalle famiglie a privati industrianti?

Nella seconda ipotesi, fu ben condannato il suddetto Comune al risarcimento dei danni, da liquidarsi con nota specifica, per i rifiuti ed impedimenti all'industriale Raveggi, anche mercè l'ordine di non comunicare la notizia mortuaria ad altri che all'appaltatore di esso Comune?

Stabilitasi con giudicati amministrativi la illegittimità degli ostacoli frapposti dal sindaco all'esercizio dell'industria del Raveggi per trasporti funebri a richiesta delle famiglie, sotto la vigilanza comunale, ed impegnatasi avanti l'autorità giudiziaria la questione della lesione di diritti civili o patrimoniali in conformità della sentenza di questa Corte a Sezioni unite 11 marzo 1898, il Comune di Roma, in sostegno della sua tesi sull'assoluta esclusione dell'industria privata, dedusse che i trasporti e le pompe funebri costituivano un ramo di pubblico servizio demandato alla sola amministrazione comunale, ed a questa unicamente riservato dall'art. 47 del regol. locale 29 luglio 1872, non contraddetto dagli art. 17, 20 e seg. del regol. generale di polizia mortuaria 25 luglio 1892.

Contro codesti assunti del Comune di Roma la Corte di merito, con esuberante, ma non confusa motivazione, rettamente osservò che l'eccezione del monopolio comunale consacrata nell'art. 47 del regol. locale pei soli trasporti funebri, era rimasta abrogata dagli art. 17, 20 e seg. del regol. generale di polizia mortuaria per l'attuazione della regola della libera concorrenza, subordinata però alle norme del servizio pubblico ed alla condizione della richiesta delle famiglie a privati industrianti.

Prescriveva infatti, il succennato art. 47: « L'amministrazione dei carri pel trasporto dei defunti al cimitero è di esclusiva spettanza del Comune, e resta assolutamente vietato di servirsi di qualunque altro mezzo pel trasporto di cadaveri al cimitero », e l'art. 48 soggiungeva: « Al disposto del precedente articolo è fatta soltanto eccezione pei cadaveri che sono raccolti nella campagna dalla Confraternita della morte e da essa, con l'uso della bara, trasportati al cimitero ».

Se le cose fossero rimaste così come rimasero per lunghi anni, non vi sarebbe stato dubbio sul diritto di monopolio, proprio od improprio che voglia dirsi, a favore del Comune di Roma, per il trasporto dei cadaveri al cimitero, e non mai per le pompe funebri, delle quali non si faceva alcun motto.

Ma le cose mutarono col disposto degli articoli 17, 20 e seg. del regol. generale pubblicato con R. D. 25 luglio 1892, sentito il Consiglio di Stato, per virtù degli art. 70 e 71 della nuova legge sanitaria 22 dic. 1888: ed invece dell'assoluto monopolio fu stabilito che il trasporto dei cadaveri dovesse farsi a cura e sotto la vigilanza dei Comuni, con facoltà alle famiglie di servirsi di altri mezzi essenziali di trasporto riconosciuti convenienti dal sindaco dal punto di vista sanitario e civile.

È inutile indagare se nella mente del legislatore sia anche prevaluto il principio, non unanimemente ammesso dagli economisti, circa la libera concorrenza. Basta osservare che le nuove disposizioni intorno alla facoltà delle famiglie di servirsi di convenienti mezzi di trasporto riconosciuti idonei dalla vigilante autorità comunale, si appalesarono incompatibili con le antiche disposizioni circa l'assoluto monopolio dei trasporti dei cadaveri in pro dei Comuni, per venire alla conclusione giustamente proclamata dalla Corte di merito, ai sensi dell'art. 5 disp. prel. c. c.

Le ragioni addotte dal Comune di Roma in riguardo alla causa, all'oggetto ed agli effetti del trasporto dei cadaveri in relazione con altri pubblici servizi, nonchè le lunghe osservazioni in riguardo ai fini repugnanti, indecorosi o inutili delle aziende private, benchè in parte e sotto certi aspetti apprezzabili, cadono di peso a fronte delle disposizioni scritte nel regolamento generale legittimamente pubblicato per tutti i Comuni del regno. Se vi sono inconvenienti, e non bastano a prevenirli e reprimerli le leggi ed i regolamenti in vigore, si potranno invocare nuove leggi e nuovi regolamenti; ma non si potrà mai negare allo stato delle cose la facoltà data alle famiglie di servirsi non solo dei carri forniti dal Comune, ma anche di altri mezzi riconosciuti idonei dal sindaco e provenienti da qualunque fonte, compresa specialmente quella dell'industria privata, pel trasporto dei loro cari all'ultima dimora.

D'altro canto, se si tolgono i pronunziati anteriori al regolamento del 1892, i principî ammessi dalla impugnata sentenza della Corte di Roma trovano pure il suffragio della giurisprudenza, che quasi unanimemente si è affermata presso le diverse magistrature del regno.

Ritenuto con sufficiente ragionamento, anche in seguito ai giudicati amministrativi, la illegittimità degli ostacoli frap-

posti dal sindaco di Roma, sia pure per atti d'impero e non di gestione, all'esercizio dell'industria del Raveggi pei trasporti e per le pompe funebri a richiesta delle famiglie, e coi mezzi riconosciuti idonei dall'autorità competente, la conseguenza è che il Comune debba rispondere dei danni cagionati al detto Raveggi, anche per semplice negligenza o imprudenza del detto sindaco nell'applicazione dei regolamenti ai sensi degli art. 2 e segg. della legge 20 marzo 1865, all. *E*, e 1151 e segg. c. c. L'ammontare di codesti danni risulterà dalle note specifiche, giustificate a termine di legge, come fu stabilito dai giudici di merito. Ed in questa sede occorre solamente dichiarare per le pretese violazioni di legge che non è estraneo al criterio della liquidazione dei danni l'ordine comunale di comunicare al solo appaltatore le notizie mortuarie, in relazione al riprovato sistema dell'assoluto monopolio; e che pur ritenendosi la compensazione delle spese tassabili nei giudizi amministrativi, come fu disposto colla decisione del Consiglio di Stato 22 febb. 1897, possono entrare nel calcolo dei danni le altre spese forse sostenute fuori dei detti giudizi, per le normali disposizioni degli art. 1227, 1228 e 1229 c. c.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

ROMA (Sezioni unite), 26 febbraio 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Janigro — *P. M.* Pascale — Sgadari c. Fondo per il culto.

Il pagamento fatto da un terzo per conto del debitore di un' annua rendita, vale ad interromperne la prescrizione, anche se avvenuto all'insaputa del debitore.

Venendo alla sentenza denunziata rimproverato col II mezzo del ricorso lo stesso difetto pel quale fu chiesta e pronunziata la cassazione della precedente sentenza dalla Corte di merito, il difetto cioè di aver ritenuto efficace ad interrompere la prescrizione anche il pagamento fatto dal terzo senza mandato del debitore, l'esame di codesta censura non può esser fatto se non dalle Sezioni unite a termini della testuale disposizione dell'art. 548 c. p. c., salvo alla Sezione civile, ove venga rigettato, di occuparsi dell'esame degli altri due mezzi, i quali si riferiscono a questioni non esaminate nel precedente giudizio di cassazione. Ora, per quanto attiensi al contenuto di detto II mezzo, poche parole basteranno per rilevarne la infondatezza.

La prescrizione, come mezzo di estinzione delle obbligazioni, suppone che, durante il tempo prefisso dalla legge pel suo avveramento, il creditore, lungi dall'esercitare il suo diritto, siasene rimasto inerte, ma d'inerzia non può accusarsi il creditore di un'annua rendita quando anche, senza rivolgersi al debitore, venga da altri soddisfatto di quanto questi gli deve, giacchè col ricevere quanto gli è dovuto egli compie la più energica affermazione del suo diritto di credito. Nulla importa che il pagamento sia avvenuto alla insaputa del debitore, giacchè il terzo che paga per la liberazione del debitore ha diritto di rivolgersi contro di lui per essere rivaluto di quanto ha pagato per la sua liberazione: ora ciò importa che il debitore è tenuto a far suo il fatto del terzo, e dovendolo far suo, viene anch'egli a riconoscere che, nel momento in cui questi pagava, il suo debito esisteva.

Vanamente si obbietta che nessuno può essere privato di un suo diritto pel fatto del terzo: un tal principio sarebbe ben invocato se si trattasse di un pagamento fatto dal terzo quando la prescrizione si era già compiuta a favore del debitore: questi in tal caso avrebbe tutta la ragione di disconoscere il fatto del terzo, perchè la prescrizione compiuta è un diritto che fa parte del suo patrimonio, e di cui nessuno può privarlo suo malgrado.

Ma diversamente procede la cosa quando la prescrizione sta ancora facendo il suo corso: in questo caso nessuno può dire che il creditore non sarà per attuare il suo diritto nel tempo che ancora gli rimane, e tale certezza mancando, la speranza che il debitore possa avere nel prolungamento della inerzia del suo creditore non costituisce per lui uno stato di diritto inalterabile, che tolga al terzo di pagare per lui. E che tale la legge non abbia considerato lo stato anzidetto, si rende ancor più manifesto quando da un lato si consideri che essa non ha subordinato ad alcun limite di tempo l'esercizio della facoltà che il terzo non interessato all'adempimento della obbligazione ha di pagare pel debitore, nessuna distinzione avendo fatto quanto alla loro efficacia fra pagamenti eseguiti alla scadenza e pagamenti fatti dopo, e dall'altro lato non si dimentichi che nell'attribuire al pagamento fatto dal terzo non interessato nella obbligazione, purchè egli agisca in nome e per la liberazione del debitore, ed ove agisca in nome proprio non venga a sottentrare nei diritti del creditore, la efficacia di estinguere la obbligazione, il legislatore ha avuto di mira non solo il vantaggio del creditore, ma anche, e più, quello del debitore.

Il principio adunque ritenuto dalla Corte di merito, che anche il pagamento fatto dal terzo senza mandato del debitore sia inter-

ruttivo della prescrizione, trova saldo e legale fondamento negli art. 2105 e 2109 c. c., in relazione all'art. 1238 dello stesso codice, e quindi il II mezzo del ricorso vuol essere senza più respinto.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

NAPOLI, 20 dicembre 1900 — *Pres.* Salvati — *Est.* Niutti — *P. M.* Cammarota = Tarallo c. Degni.

***La cauzione del notaio è vincolata per privilegio anche pel risarcimento dei danni recati dal notaio stesso nel male eseguire un incarico a lui conferito dal giudice* (1).**

Dovendosi provvedere alla divisione di beni ereditari del defunto Beniamino Degni, il tribunale di Napoli incaricò il notaio Luigi Guida di riscuotere dalla Cassa depositi e prestiti e dall'aggiudicatario Pasquale Fusco due capitali, l'uno di L. 4068, l'altro di L. 2400, come pure dalla Direzione del Gran Libro alcune cartelle al latore della rendita di annue L. 320 appartenenti al defunto, e d'impiegare tre quarte parti di tali valori in rendita iscritta a favore del minore Francesco Degni, e consegnare l'altra quarta parte alla Maria Grazia Pepere in soddisfazione della quota a lei spettante sulla eredità del figlio Beniamino.

Non avendo il Guida curato d'intestare al Francesco Degni le tre quarte parti di detti valori, che avrebbe invece appropriati a sè, esso Degni con citazione del 17 sett. 1897 lo conveniva innanzi al tribunale di Napoli per la condanna al pagamento dei valori suddetti una agli interessi, e faceva altresì opposizione allo svincolo della cauzione di esso notaio, la quale con istrumento 22 luglio 1891 era stata dal Guida ceduta al sacerdote Tarallo, il quale fu perciò dal Degni anche citato insieme al Guida. Il tribunale con sentenza del 20 maggio 1898 condannò il Guida al pagamento delle somme richieste, ma rigettò l'opposizione allo svincolo della cauzione, ritenendo che la cauzione del notaio sia destinata a garentire il risarcimento dei danni derivati solo dall'esercizio degli atti e delle funzioni notarili indicate nell'art. 1.° della legge sul notariato, e non anche il risarcimento dei danni prodotti dal notaio nell'esercizio delle attribuzioni e degli incarichi relativi allo svincolo e impiego di somme nell'interesse dei minori.

Da questa sentenza appellò il Degni, e la Corte di Napoli con sentenza 23 giugno 1899, ritenendo erronea la distinzione fatta dai primi giudici, dichiarò valida l'opposizione allo svincolo della cauzione e ordinò che col ricavato dalla vendita di essa fosse soddisfatto il credito vantato dal Degni contro il notaio. Avverso la sentenza della Corte d'appello ricorre il Tarallo per tre motivi di annullamento, con i quali sostiene che le operazioni affidate dal tribunale al notaio Guida non rientravano nella categoria degli atti e delle funzioni notarili propriamente dette, e che perciò non potevano essere garentite dalla cauzione di esso notaio.

Il ricorso manca di fondamento giuridico. Invero, se l'art. 1.° della legge notarile indica gli atti tra vivi e di ultima volontà come quelli che il notaio è destinato a ricevere, non limita a questi atti soltanto le funzioni del notaio, ma invece aggiunge esplicitamente che il notaio è destinato a compiere tutte le altre attribuzioni a lui demandate dalla legge.

Ora non vi è dubbio che le operazioni che si affidano dal magistrato ai notai per l'espletamento delle divisioni di eredità rientrano appunto fra le attribuzioni che la legge, giusta l'art. 887 c. p. c., affida ai notai; epperò, se gl'incarichi commessi dal tribunale al notaio Guida si riferivano precisamente alla divisione della eredità del defunto Beniamino Degni, non si può non riconoscere che il Guida nel disimpegno di questi incarichi compiva funzioni notarili proprie del suo ministero, e perciò il Degni pei danni cagionatigli dal notaio nel disimpegno di quelle funzioni può bene sperimentare la sua azione di rivalsa contro la cauzione di esso notaio Guida, versandosi appunto, come prescrive l'art. 33 della legge notarile, in casi di responsabilità del notaio dipendente dal suo esercizio notarile. Laonde si appose al vero la Corte d'appello quando, censurando la distinzione fatta dai primi giudici tra atti rogati dal notaio e funzioni di altra natura a lui commesse, giudicò che il privilegio sulla cauzione del notaio Guida dovesse garentire anche i danni derivati al minore Degni nell'esecuzione degli incarichi affidati ad esso notaio dal tribunale con la deliberazione del 16 genn. 1885. La distinzione, cui accennano i primi giudici ed il ricorrente, potrebbe solo trovare applicazione quando si trattasse di operazioni e d'incarichi che possono disimpegnarsi da chiunque sia o pur no notaio, e che in tanto i privati o anche le pubbliche autorità affidano ad un notaio non per ragione e necessità dell'esercizio notarile, ma solo in vista

(1) Riguardo alla responsabilità del notaio in via privilegiata sulla cauzione, v. da ultimo A. Venezia, 7 agosto 1900; A. Milano, 5 dicembre 1899, nonchè l'or confermata sentenza 23 giugno 1899 dell'A. Napoli, tutte in questo *Filangieri*, 1901, 64; 1900, 288; 1900, 65.

della fiducia che un notaio meglio che un privato può ispirare, come un ufficiale pubblico, rivestito della fede pubblica.

Nella specie trattandosi invece di operazioni relative ad una divisione di eredità, per le quali la legge delega precisamente ai notai gli incarichi da compiersi presso la Cassa dei depositi e prestiti e la Direzione del Gran Libro, pei quali la legge richiede l'opera dei notai o degli agenti di cambio, il mandato che il tribunale affidava al Luigi Guida nell'interesse del minore Francesco Degni era certamente a lui conferito, non come privato cittadino, ma appunto per ragione e necessità della sua qualità e del ministero di notaio, e le funzioni che esso Guida era chiamato a compiere nel disimpegno di tale mandato rientravano per loro natura nell'esercizio delle attribuzioni conferite ai notai dalla legge, e perciò nell'interesse dei privati garentite dalla cauzione notarile ai termini dell'art. 32 della legge sul notariato.

P. q. m., rigetta.

—

AQUILA, 25 settembre 1900 — *Pres.* ed *Est.* Casaburi = Mancini c. Rolli.

La costituzione in dote alla moglie di una azienda mercantile *previa stima delle merci esistenti nel negozio e senza dichiarazione che tale stima non ne produceva la vendita non fa passare l'azienda in proprietà del marito* (1).

La questione principale consiste nel vedere se la presunzione che la stima delle cose mobili equivalga per vendita, secondo l'art. 1401 cod. civ., sia applicabile anche quando siasi costituita in dote una azienda commerciale. Innanzi tutto niun dubbio, perchè è ammesso da ambo i contendenti, che la dote costituita alla Elisa Rolli comprendesse l'intera azienda commerciale. Le parole dello stipulato 29 giugno 1894 comprendono nella dote l'intero negoziato, nulla escluso; e la sentenza arbitrale 11 giugno 1891, ormai passata in giudicato, ha ritenuto che fossero state costituite in dote non solo le singole merci, ma tutta l'azienda come universalità di mobili. Da ciò però non è dato dedurre che tutta l'azienda valesse precisamente le L. 10,300 che veggonsi determinate nell'elenco dell'ing. Pignocchi. Dando una scorsa ai singoli articoli onde componevansi le merci, a ciascuno di esse separatamente fu attribuito un costo determinato: ma il negoziato, l'azienda commerciale comprendono altresì l'avviamento, la clientela, il credito, l'accorsatura che in un negozio molto reputato in Teramo, quale era quello del Rolli, rappresentano un valore ben più rilevante che quello del costo intrinseco di ogni singolo oggetto. E si aggiunga che la sentenza arbitrale ritenne che nella costituzione di dote dovessero comprendersi anche i crediti dipendenti dal negoziato.

Ora il credito che resta a riscuotersi per merci uscite dal magazzino, perchè vendute a credenza, nulla ha di comune col valore rappresentato dalle merci che esistono tuttora invendute nel magazzino stesso. Nella stima delle merci in una rivendita a minuto tra i crediti, valori, comprendonsi, è vero, la perdita inevitabile nello smercio e le contingibili avarie, quale il ribasso, la scemata ricerca, i danneggiamenti, ecc., ma non possono reputarsi compresi i crediti da riscuotere per articoli già esitati. Nè è esatto il sostenere che in una rivendita di ferrarecce, specchi e vetri, quale è quella della Rolli, sieno di impercettibile rilevanza l'accorsatura, la clientela, il credito, che certo sono rilevantissimi in un opificio o fabbrica di specialità, di manifatture, di una produzione originale di articolo, ecc.

Anche in un negozio di rivendita di articoli altrove fabbricati, il credito, l'avviamento, la clientela sono la risultante di un complesso di contingenze, che separatamente prese non avrebbero alcuna importanza, ma che nel tutto insieme costituiscono la fortuna dell'azienda. Perfino l'arte di esporre, di saper mettere in evidenza con sapiente ed acconcia disposizione, di invogliare e stimolare il passante a fermarsi innanzi alla merce, costituisce parte cospicua del valore di azienda commerciale. Questa consiste in un ente unico universale, complesso. di svariati rapporti, attività e passività, stretti tutti, inscindibilmente, intorno ad unico scopo, il commercio: *universitas iuris*, incorporale, di natura mista nè mobile, nè immobile. Da ciò si deduce che la dote della Rolli non fu nè potè essere stimata tutta intera, ma furono stimati, singolarmente presi, i soli oggetti, allo scopo sia di limitare e restringere il più possibilmente la tassa di registro e la ipoteca dotale a carico del marito, nonchè la responsabilità di costui per la retta amministrazione delle merci.

L'interpretazione estensiva che vorrebbe darsi alla locuzione dell'art. 1401 c. c. ripugna alla genesi ed allo scopo del legislatore. La dote è di specie o di quantità. La prima è costituita da cose sia mobili sia immobili, consegnate al marito, acciò le restituisca

(1) L'applicazione discende esattissima dalla considerazione che l'azienda commerciale è un'*universitas iuris*. Cfr. anche il Pipia, *Azienda commerciale*, nella *Enciclopedia giuridica*, n. 92.

così come l'ebbe, perchè non entrarono mai nel suo patrimonio. La seconda è costituita da cose « ope legis aut iure contractus » di proprietà del marito, salva la restituzione del prezzo. Ora nell'art. 1401 c. c., conforme al 1551 cod. napoleonico, contiensi una semplice presunzione di vendita fondata sull'indizio della stima, presunzione che deve interpretarsi ristrettivamente, come quella che debba trovare perfetto riscontro nella intenzione e nella volontà delle parti. Quando la dote consiste, come nella specie, in un complesso corporale ed incorporale costitutivo dell'azienda commerciale, la dotata ne conserva la proprietà.

Una interpretazione estensiva dell'articolo 1401, che stabilisce la presunzione di vendita solo per le cose mobili stimate, sarebbe un grave pregiudizio della dotata, in quanto contro la sua volontà, la priverebbe di quel che le appartiene, pregiudicandola nei suoi interessi.

Per queste medesime osservazioni non può accogliersi la deduzione subordinata della difesa degli appellanti, cioè che l'art. 1401 sarebbe in ogni caso applicabile a quella parte della dote che è stata stimata, per essere insussistente l'asserta inscindibilità dei singoli componenti l'azienda commerciale.

« Non potest idem simul esse et non esse ». Se il patrimonio di una società commerciale rappresenta un tutto complesso, i cui singoli elementi si prestano valore, sarebbe assurdo concepire l'azienda commerciale, sottraendo da essa le cose mobili che la compongono, e per le quali si esplica. E se fu costituito in dote quel tutto insieme inscindibile ed inseparabile delle merci formanti l'azienda commerciale, invano gli appellanti vorrebbero che quelle si possano e si debbano sceverare per formare una cosa divisibile tra la Rolli e gli eredi del suo defunto consorte. Nè è poi vero che nella stima il Pinocchi abbia valutato l'intero negoziato. Egli valutò una per una le singole cose, cioè tutti i suddetti oggetti che formano parte (non il tutto) della presente donazione. Il costo dato a ciascuna cosa persuade che sia il prezzo di acquisto dalle fabbriche di produzione, non già quello della vendita al minuto, che per le evenienze del commercio assume una proporzione maggiore e variabile secondo le circostanze. Eppure in quella stima son trascurati lo staglio, i libri e i crediti che pur formano parte del complesso.

Negli eredi Mancini adunque il credito delle L. 10,300 si compensa precisamente col debito di egual somma, perchè chi deve garantire non può evitare: « Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio ». Ogni eccedenza di valore delle merci, non essendo stata stimata, non passa al marito, e quindi nemmeno agli eredi di lui.

La condanna ai danni posta dal tribunale a carico degli eredi Mancini è una conseguenza necessaria del loro fatto illecito, da cui derivò la chiusura dei magazzini, e la sospensione del commercio. Dimostrato che eglino non vantassero alcun diritto sull'azienda commerciale costituita in dote, veniva meno la ragione di chiedere apposizione di sigilli. Posto pure che la Rolli, a scanso di responsabilità, non si fosse opposta alla chiusura del negozio, certo questa fu effetto delle infondate pretese degli appellanti, i quali debbono perciò rispondere delle conseguenze. E se anche la semplice proposizione della lite fosse stata causa unica della chiusura, riconosciuta insussistente ed infondata la pretesa, le conseguenze che ne derivarono sono a loro carico. « Danti operam rei illicitae imputantur omnia quae sequuntur etiam contra voluntatem ».

Ad evitare ogni responsabilità essi avrebbero dovuto cooperare perchè anche in pendenza della lite il corso dell'azienda non fosse stato interrotto o variato. Ogni piccola oscillazione nell'esercizio del commercio può produrre notevoli danni.

—

PALERMO, 7 agosto 1900 — *Pres.* Adragna — *Est.* Pallone — Messina c. Cimino.

I creditori del marito possono far valere la inefficacia della separazione della dote per non essere la medesima stata eseguita nei sessanta giorni di cui all'art. 1419 c. c., senza distinguere fra creditori anteriori e posteriori alla pronunzia (1).

Dalle premesse chiaro emerge essere unico esame della causa nello stadio attuale, se soltanto sia dato ai creditori anteriori del marito ed a coloro che al momento della separazione della dote possano risentire pregiudizio, di avvalersi della inefficacia comminata dall'art. 1419, ovvero se utilmente possano anche dedurla tutti coloro che per un rapporto posteriore col marito sieno fatti segno alle azioni della moglie derivanti dalla separazione in parola. Innanzi tutto bisogna

(1) Cfr. da ultimo Cass. Palermo, 22 gennaio 1897, Cimino c. Messina in *La Legge*, 1897, 1, 671. Anche il Ricci sostiene che la nullità è d'ordine pubblico e può essere opposta da chiunque vi abbia interesse (*Corso*, VII, 68). Concordano pure il Galluppi (*La dote*, n. 203) e il Bianchi, *Tratt. dei rapp. patr. dei coniugi*, n. 226).

eliminare, perchè estraneo al quesito, quanto testualmente dispone l'art. 1423.

Presuppone esso il caso che la domanda in separazione sia in corso ed il caso che la separazione sia stata pronunziata ed anche eseguita, e sì nell'uno che nell'altro caso ammette l'intervento o il reclamo dei creditori del marito, semprechè sia promossa, ordinata, o eseguita in frode dei loro diritti. Niente in ciò vi è che non sia la pura e semplice applicazione dell'art. 1235, ed è naturale che simile diritto non possa ad altri competere se non ai creditori anteriori del medesimo. Tutt'altro invece è il concetto che informa l'art. 1419, ed è che esista effettivo per la moglie il pericolo di perdere la dote, e che effettivamente il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di lui non siano sufficienti a soddisfarla. Per un pericolo ed un timore ostentati per secondi fini, non era conveniente invertire il regime della famiglia ed esporre i terzi ai danni insiti al fatto, e da qui un temperamento valevole ad assicurare la realtà delle cose, vale a dire l'esecuzione della sentenza di separazione in termine fisso, elasso il quale, la separazione si ha come semplicemente apparente, e quindi per legge resta senza effetto.

Vi ha chi ritiene che questa sia nullità assoluta da doversi far valere anche d'ufficio, com'è delle separazioni stragiudizialmente convenute, ma giacchè la prevalente dottrina e giurisprudenza classifica simile nullità come relativa, questo Supremo Collegio si attiene a questa seconda opinione, ma però senza ammettere limitazione all'esercizio in pro di una classe soltanto di danneggiati, come pretendesi col ricorso, ma estendendolo a tutti coloro che, comunque, sono interessati a respingere gli effetti dannosi di una separazione contro la quale dalla legge è stato dato un opportuno rimedio.

Quella limitazione infatti non deriva dall'art. 1419 che su di essa ha serbato silenzio, non viene da qualunque altra disposizione, ciò che è notevole, perchè nei casi in cui limitazione ha voluto introdurre la legge lo ha fatto espressamente, come appunto avviene pel disposto dell'art. 137 c. c.

Dunque, anzichè limitare, è mestieri in ispecie ricorrere alla regola generale dell'articolo 36 c. p. c., la quale stabilisce che sia *ex tunc*, sia *ex nunc*, l'interesse serve sempre di norma per proporre una domanda in giudizio, o per contraddire alla stessa legittimamente.

Il torto che poi dalla ricorrente si fa al Cimino di essersi voluto esporre alla iattura di perdere il prezzo, mentre al momento della separazione della dote non risentiva alcun pregiudizio, e mentre per la trascrizione della cessione avrebbe potuto conoscere che lo Sciovè si era svestito del diritto a riscattare l'immobile, non può avere importanza giuridica, perchè gli è agevole discaricarsene col dire che pur sapendo della cessione, sapeva altresì che era rimasta caducata pel decorso dei 60 giorni, laonde se molestia per quella cessione avesse potuto ricevere, avrebbe potuto contrapporre il vizio dal quale era infirmata.

Ed a proposito riesce sorprendente, che mentre essa Messina si vuole avvalere della separazione della dote per rivendicare l'immobile, d'altra parte vuole impedire che il Comune si avvalga di una eccezione che ha interesse, e quindi diritto, di contrapporre contro l'efficacia del titolo posto in movimento contro di lui, diritto giova ripeterlo, perchè non è in legge rapporto all'esercizio di tale eccezione, la distinzione tra interessati per negozio interceduto col marito anteriore alla separazione, ed interessati per negozio posteriore.

Arrogi che al Cimino anche per un altro verso non poteva esser negato quel diritto, essendo prevalente la dottrina che anche al marito sia dato avvalersi della anzidetta nullità. Nel rincontro, lo Sciovè venditore aveva dovere di mantenere il compratore nel godimento della cosa venduta, e questo ultimo era in conseguenza rivestito di tutte le ragioni che esso Sciovè avrebbe potuto far valere con la moglie; quindi da qualunque lato si guardi la controversia, si ha la dimostrazione che la sentenza impugnata, col respingere la domanda della ricorrente Messina, provvide secondo legge, e che le censure anche sotto l'aspetto di contraddizione, che non esiste, riescono assolutamente inattendibili.

P. q. m., rigetta il ricorso.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

GENOVA, 7 giugno 1901 — *Pres.* Palummo — *Est.* Quadrio = Fabrizi c. Marchi.

1. *Non occorre l'atto scritto per l'esercizio del patto di riscatto* (1).

2. *La dichiarazione di esercitare il diritto di riscatto della vendita non è inefficace per il semplice motivo che ad essa il venditore riscattante non abbia accompagnata la restituzione del prezzo e degli accessori* (2).

(1-2) Cons. in arg. da ultimo, A. Casale, 3 marzo 1897, Cass. Palermo, 9 giugno 1896 in questo *Filangieri*,

L'appellante ripropone l'istanza non accolta, che si dichiari avvenuta *de jure* la risoluzione della vendita in virtù della sua dichiarazione di riscatto.

Quantunque non dedotta nella citazione iniziale della causa, trova libero ingresso siccome dipendente dall'azione; ma non sapendosi a che miri praticamente, può apparire oziosa di fronte ad una pronuncia che dice acquisito il diritto alla ricupera, e di fronte al contegno del Marchi, il quale non lo ha mai contestato, e litiga unicamente della quantità dovutagli. Per certo non condurrebbe alla conseguenza di doversi accordare il possesso dei beni avanti le restituzioni; nè questo il Fabrizi pretende.

Ritennero i primi giudici che la manifestazione della volontà di esercitare il riscatto non risolve la vendita, e che all'uopo occorre un atto scritto di trasferimento della proprietà dal compratore al venditore riscattante, o una sentenza che ne tenga luogo.

Queste opinioni sono ormai universalmente condannate, e non trovano appoggio nella lettera della legge.

La pattuizione del riscatto equivale ad una condizione espressa risolutiva della vendita, non diversa da qualunque altra convenibile se non perchè il valersene è rimesso all'arbitrio del venditore; quindi l'esercizio del riscatto non opera una vendita nuova, bensì risolve la esistente e trova il suo titolo in quello stesso contratto che ha trasferiti gli stabili nel compratore in modo risolubile. È la legge che esprime chiaramente questo concetto: essa non accenna a ricompera o rivendita: — dice all'art. 1514 c. c. che la vendita può essere *risolta* coll'esercizio del diritto di riscatto: — definisce all'art. 1514 il patto come *una riserva di riprendere la cosa venduta* contro restituzione del prezzo; ed usa di nuovo nell'art. 1528 la parola *riprendere*, la quale vuol significare che, indipendentemente da nuovi accordi, vi è già un diritto conservato sulla cosa, che consente di ricuperarla, senza che avvenga un vero trasferimento di proprietà, e per solo effetto dell'avverarsi della condizione risolutiva intrinsecata nella vendita. Fattasi adunque in tempo e seriamente, colla offerta delle restituzioni, la dichiarazione di voler esercitare il diritto di riscatto, la vendita è come non fosse mai avvenuta, e nessuna prova scritturale è richiesta perchè ne risulti.

Per negare all'atto di volontà del venditore l'efficacia di risolvere la vendita, ritornando le cose nello stato *quo ante*, si osserva che il volere non va disgiunto da doveri verso il compratore. È verissimo, ma torniamo alla legge. Recita l'art. 1518 che « non promovendo il venditore l'azione di riscatto nel termine convenuto, il compratore rimane proprietario irrevocabile ». Per azione, giacchè non è detto che debba essere promossa giudizialmente, si deve intendere la denunzia dell'uso della riserva data in tempo utile. Ognuno vede che se oltre la dichiarazione, si esigesse, ad impedire che la vendita divenga irrevocabile, la effettuazione dei rimborsi, troppo facile riuscirebbe al compratore il mettere fuori termine il suo contraente ad esercitare il riscatto col sollevare questioni sul *quantum sibi debeatur*.

Il termine è prefisso per l'azione, non per le restituzioni che non formano con essa un tutto inscindibile, e che ritardate dalle more di un giudizio, o da altra legittima causa, non portano a decadenza, da nessuna disposizione di legge comminata. Esse rappresentano l'esecuzione dell'avvenuto riscatto, pendente la quale fu provveduto dall'art. 1528 a mettere il compratore al coperto dal pericolo di ogni perdita, accordandosi un *ius retentionis*, giacchè il riscattante non può andare al possesso dei beni (principale attributo della proprietà) finchè non abbia soddisfatto alle proprie obbligazioni. Si ha in ciò la riprova della efficacia risolutiva della dichiarazione, tenendosi dall'articolo ben distinto l'esercizio del riscatto dal materiale conseguimento degli stabili, che esige la effettuazione dei rimborsi.

In questo caso la serietà ed il valore della dichiarazione non erano impugnati; e neppure il Marchi disconosceva che il contratto era per esser andato risolto, onde la questione esaminata dal tribunale è più che altro accademica, ma avendola egli risolta in contrario senso si dovrà rettificarne la pronunzia.

—

CATANIA, 12 aprile 1901 — *Pres.* Bruno — *Est.* Perretti = Mazzarella c. Mazzarella.

Anche alla vedova indolata appartiene il diritto di cui all'art. 1415 c. p. c. riguardo agli alimenti, all'abitazione e alle vesti di lutto (1).

1897, 460; 1896, 776 colle note e sopratutto Coviello, *Contratto preliminare*, nella *Enciclopedia giuridica*, nn. 46 seg.

(1) Questione vessatissima, comune al codice napoleone e al nostro, che ne è, deplorevolmente, l'esatta riproduzione. E diciamo « deplorevolmente » perchè l'ubicazione e i termini dell'articolo rendono gravemente dubbia una decisione alla quale sospingono motivi di suprema equità. Tanto vero che diversi fra

La prima questione è quella relativa agli alimenti e che mette capo nella interpretazione da dare al capoverso del citato articolo 1415 cod. civ. nel caso in cui, come nella specie, si tratti di moglie superstite non dotata.

La lettera di quel capoverso, in quanto riferiscesi a codesta disputa, suona così: « Se questo (lo scioglimento del matrimonio) accade per la morte del marito, la moglie ha la scelta di esigere, durante l'anno del lutto, gl'interessi o frutti della sua dote, o di farsi somministrare gli alimenti pel tempo anzidetto *dall'eredità del marito* ». E poi continua immediatamente: « la quale (eredità) in ambedue i casi le deve inoltre fornire, durante l'anno, l'abitazione e le vesti da lutto ».

La frase: *ha la scelta*, del legislatore adoperata nel su trascritto comma, non implica assolutamente e spontaneamente il severo concetto, che allorquando la vedova non abbia da scegliere fra redditi dotali ed alimenti, debba restare priva di questi, come di quelli. Di regola, se per insita condizione di cose, l'alternativa è impossibile, chi avrebbe avuto in condizioni diverse la facoltà di scegliere, se ne troverà bensì privo, ma pel solo difetto di attuabilità della scelta non perderà anche quell'unica utilità che rimanga conseguibile. Nella disposizione in esame si ha un istituto alimentare *viduitatis iure*, in cui il vincolo coniugale, durante l'anno del lutto, considerasi a un dipresso come non sciolto ancora ed il marito quasi vivente ancora nella propria eredità; laonde, come in vigenza del matrimonio era precipuo obbligo per lui la somministrazione degli alimenti alla moglie, anche non dotata (ed anzi molto più imperioso se non dotata); così del pari in sensi affatto identici andar deve inteso l'obbligo della eredità di lui, durante l'anno del lutto. A carico della detta eredità nella quale considera e raffigura quasi tuttavia vivente il marito, volle la legge in certa guisa protrarre ancora di un anno l'obbligo che a lui incombeva, verso la moglie indigente a preferenza. Dunque allorquando la vedova non apporti dote al marito, non ha scelta da fare; e la di costui eredità, durante l'anno del lutto, deve, benchè senza ricambio, somministrare gli alimenti.

Il diritto a conseguirli è assoluto nella vedova, non meno che l'altro ad avere fornita l'abitazione e le vesti da lutto. Solo questo temperamento avvi di diverso; che se alla vedova competono redditi dotali non possa esigerli in una cogli alimenti; ma questo non importa mica che il di lei diritto agli alimenti sia subordinato *ope legis* alla condizione della possibilità di ricambio in favore della eredità, mediante l'abbandono dei redditi dotali.

Sul proposito fu benissimo dalla patria giurisprudenza rilevato quanto appresso: « Se è conforme all'equità, che, essendoci dote, i di lei frutti concorrano al sostentamento della vedova, la legge però non subordina il diritto della vedova alla esistenza o non della dote; ed anzi, ove questa mancasse, la peggiore condizione della vedova, renderebbe sempre più necessaria e conforme allo spirito della legge la prestazione suddetta, la quale del resto, anzichè dipendere dall'esistenza della dote, ha piuttosto il suo fondamento sulla presunta volontà del defunto marito; in quel sentimento di pietà coniugale per cui la vedova, colla perdita del marito non venga ad un tratto ad essere ridotta, senza sua colpa, all'estrema miseria ».

Non ha valore in contrario l'argomento che si vorrebbe rinvenire nella giacitura dell'articolo in esame sotto la rubrica: « restituzione della dote », onde inferirne che non sia diritto incondizionato ed assoluto della vedova, bensì della sola dotata, quello agli alimenti; poichè assoluto ed incondizionato è certamente l'altro concernente l'abitazione e le vesti da lutto; eppure anche esso è sancito nell'identico articolo di cui sopra.

Relativamente all'abitazione e alle vesti da lutto, si sarebbe potuto parlare come i primi giudici opinarono, di diritti eminentemente personali non trasmessibili agli eredi, quando la vedova Mazzarella non fosse per avventura sopravvissuta al marito durante l'anno del lutto, e gli eredi di lei avessero voluto assumerne il posto e le veci nel corso dell'anno medesimo, onde ottenere essi ed abitazione e vesti dalla eredità del marito anzidetto.

---

i più illustri commentatori del codice francese non si pongono neppure la questione, limitandosi a parlare della moglie « dotale » (TOULLIER, XVI, p. 215, 216 — LAURENT, *Principes*, XXIII, 580) e da noi il BORSARI (sull'art. 1415 lett. *f*) si pronunzia recisamente per la negativa. È nondimeno generalmente accolta l'opinione più favorevole: cfr. RICCI, VII, n. 58 — QUARTARONE, *Alimenti*, n. 148 — SRAFFA, *Gli alimenti alla vedova indotata*, ecc. in *Giorn. Giur.*, 1889, 1, 18 — CICCAGLIONE, *Alimenti*, nella *Enciclopedia giuridica*, pagg. 1316, 1317 — FANTI, *Lutto*, *Ib.*, p. 389, ecc. Uguale corrente segue la giurisprudenza. Cfr. A. Bologna, 4 novembre 1889 (*R. Giur. di Bol.*, 1889, 333), A. Torino, 11 luglio 1887 (*Giur. ital.*, 1887, 3, 515); 5 febbraio 1882 (*Giurispr. Tor.*, IX, 379). A. Genova, 22 luglio 1886 (*Mon. Trib.*, 1887, 148). *Contra*: A. Milano, 30 luglio 1885 (*Ib.*, 1885, 782), A. Genova, 23 dicembre 1878 (*Giur. Tor.*, 265).

Ma essa Mazzarella Avolio, per converso, sopravvisse ben venti mesi al coniuge defunto; sicchè si svolse, vivente lei, tutto l'annale periodo cui hanno attinenza i diritti in parola, i quali perciò si sarebbero *entrambi* consolidati e concretati in suoi diritti di credito prettamente patrimoniali, se riguardo a quello di abitazione non fossevi da osservare in fatto, che il Mazzarella Agati apertamente sostiene, ed i contradditori suoi non negano che la vedova abbia di propria volontà, dopo il decesso di suo marito, abbandonata la casa coniugale, dove appunto competevale l'abitazione per un anno ancora; laonde il *sibi imputet* che potrebbe dirsi di lei, induce l'analoga conseguenza di esclusione a danno dei suoi eredi.

Rimangono dunque attribuibili a costoro l'importo degli alimenti e quello delle vesti da lutto; e la Corte nel suo prudenziale apprezzamento stima ben rispondente all'importare dei primi la somma di L. 1460 (in ragione di L. 4 al giorno per l'intero anno del lutto) ed a quello delle seconde la somma di L. 100.

—

TORINO, 2 aprile 1901 — *Pres.* Giusto — *Est.* Beria = Dellachà c. Testa.

1. *È responsabile dei danni derivati dalla illecita riproduzione il fabbricante di fiammiferi che, senza averne licenza, riproduca sulle sue scatolette talune fotografie poste, dal fotografo che le ha eseguite, sotto la protezione della legge sui diritti d'autore* (1).

2. *Nella determinazione dell'ammontare di questi danni si deve tener conto, non solo di quanto il fotografo avrebbe potuto pretendere dal fabbricante di fiammiferi come compenso della concessione di riproduzione, ma altresì di quella perdita di guadagno che il fotografo ha dovuto subire in conseguenza dell'abusiva diffusione delle opere sue* (2).

Unica è la questione sulla quale deve questa Corte pronunziare il suo giudizio: vedere cioè quali siano i criteri a seguire sulla valutazione e liquidazione del danno cagionato alla ditta Testa dalla ditta Dellachà col fatto della « riproduzione », o se anche per maggior precisione di linguaggio si vuol dire « traduzione in fototipia », di sei fotografie inventate ed eseguite dalla ditta Testa predetta, e colla diffusione e vendita di scatolette di fiammiferi adornate colle fototipie medesime.

Tutte le altre questioni che erano state materia di discussione nelle precedenti fasi di questo giudizio sono oramai definitivamente risolute: coi precedenti giudicati venne affermato il carattere illecito del fatto che dalla attrice ditta Testa veniva addebitato alla convenuta ditta Dellachà, imperocchè mentre per una parte si è riconosciuto che le fotografie delle quali si tratta non rappresentando unicamente la riproduzione con un mezzo puramente materiale o meccanico di un'opera d'arte, di un paesaggio od in generale di cosa che, cadendo sotto i sensi, può essere coi metodi propri dell'arte fotografica impressa sulla lastra, ma venendo invece ad estrinsecare una vera concezione artistica, per quanto si voglia dire modesta, non potevano a meno di considerarsi come una delle svariate e moltiformi manifestazioni dell'ingegno umano, alle quali la legge sui diritti d'autore pure ha voluto assicurare una speciale tutela; per altra parte si è pur ritenuto che le prescrizioni stabilite dalla legge anzidetta erano state dalla Ditta stessa esattamente adempiute; cosicchè una volta che fosse rimasto dimostrato che le fotografie costituenti l'opera stata depositata dalla ditta Testa alla prefettura di Genova erano quelle stesse che dalla ditta Dellachà erano state riprodotte da fototipia sulle scatole di cerini da essa poste in vendita, il diritto nella ditta Testa ad invocare la tutela della legge sui diritti d'autore sarebbe stato indiscutibile.

Ora dal fattosi raffronto tra le fotografie depositate dalla ditta Testa ai fini anzidetti, e le fototipie esistenti sulle scatolette di fiammiferi poste in vendita dalla ditta Dellachà, vi è per sei di esse identità perfetta; ciò del resto è pienamente ammesso dalla Ditta appellante.

Ciò posto il diritto al risarcimento del danno derivato alla ditta Testa dal fatto illecito della ditta Dellachà non può allo stato degli atti essere revocato in dubbio.

Del resto ciò espressamente riconosce la ditta Dellachà, la quale offre a tacitazione di ogni ragione che al riguardo possa competere alla ditta Testa la somma di L. 30, ed offre anche di provare a mezzo di testimoni che fin dall'inizio del giudizio fece offerta di somma di gran lunga maggiore.

Limitata adunque la discussione all'unico punto controverso, che è quello relativo al criterio di valutazione ed estimazione del

---

(1) Sulla protezione delle fotografie secondo la legge e la giurisprudenza italiana e francese, si consulti il recente, pregevolissimo studio del **Ferrara**, *Un caso tipico in materia di proprietà fotografica*, in *Filangieri*, a. c. p. 481. — Pei precedenti di questa causa si veda pure la cfr. sentenza 31 dicembre 1897 della stessa Corte, anch'essa in questo periodico, 1898, 537, colla nota. — Riguardo alla protezione delle *cromolitografie*, v. Cass. Roma, 7 giugno 1900, in *Filangieri*, 1900, 678.

danno, la Corte non può a meno di approvare senza restrizione il giudizio in proposito emesso dal tribunale.

Conviene infatti premettere che si tratta di risarcimento di danni derivanti da colpa extra contrattuale od aquiliana, danno che, secondo i costanti insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza, comprende tutto ciò che fu causa diretta od indiretta del fatto illecito, purchè tra il fatto stesso ed il pregiudizio derivatone corra il nesso logico di causa ad effetto.

Se pure si volessero seguire le norme meno rigorose che riflettono la responsabilità derivante da colpa contrattuale, non per questo i criteri adottati dal tribunale dovrebbero essere ripudiati, mentre per l'art. 1227 c. c. i danni sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta e per il guadagno di cui fu privato, ed è questa la norma di ragione, cui si è inspirata la sentenza appellata nel dar passo alla prova offerta dalla ditta Testa, e se si volesse anche estendere alla responsabilità per colpa extra contrattuale il principio proclamato dal legislatore in materia di colpa contrattuale al successivo art. 1228 dello stesso codice, che cioè il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, principio che come si disse non è applicabile nella specie, l'apprezzamento fatto dai primi giudici sull'ammissibilità della prova sarebbe pur sempre immeritevole di censura, dappoichè i fatti che la ditta Testa si è proposto di dimostrare coi dedotti capitoli entrano necessariamente nella ipotesi della più comune prevedibilità, essendo agevole il presumere che la diffusione e lo smercio delle scatolette riproducenti le fotografie ideate ed eseguite dalla ditta Testa avrebbero dovuto inevitabilmente determinare un deprezzamento sul valore commerciale delle fotografie stesse.

E neppure si può far rimprovero al tribunale di avere sconfessato i principî enunciati nella precedente sentenza, che cioè la responsabilità della ditta Dellachà per quella abusiva riproduzione fosse soltanto colposa e non dolosa, nulla assolutamente riscontrandosi nella sentenza appellata che accenni ad un concetto giuridico diverso da quello precedentemente espresso sulla responsabilità dell'odierna appellante, e se la distinzione tra fatto doloso e fatto semplicemente colposo, è pure un coefficiente che non può essere trascurato nella determinazione del quantitativo del danno risarcibile, siccome anche il fatto semplicemente colposo è civilmente imputabile, ed obbliga alla rifusione del danno, così è sempre obbligo del giudice ricercare quali sono le conseguenze che dal fatto illecito, comunque semplicemente colposo, sono derivate per determinare quale sia la entità della iattura sofferta da colui verso il quale il fatto illecito è stato consumato.

Sostiene l'appellante che la sua responsabilità dovrebbe essere ristretta in assai più angusti confini, e che essa in ogni peggiore ipotesi non potrebbe essere tenuta a corrispondere alla ditta Testa più di quanto avrebbe questa potuto richiedere per accordare il permesso per la riproduzione o per dire più correttamente per la traduzione delle sei fotografie delle quali si tratta.

All'appoggio di questa sua tesi la ditta Dellachà ha prodotto due lettere, una del fotografo Alinari di Firenze alla ditta Armanino di Genova, in data 5 luglio 1894, l'altra di questa ultima Ditta in data del 12 dic. 1895, dalle quali apparirebbe che tanto per le fotografie estere, quanto per quelle nazionali, non si paga più di L. 5 per diritto di riproduzione o di traduzione in fototipia, e che quando si tratta di sola riproduzione di monumenti, il corrispettivo non è maggiore di L. 3, ed anche di L. 1.60 a L. 2.50 per fotografia.

Ed allo stesso intento tendono i capitoli di prova testimoniale respinti dal tribunale, e che la ditta Dellachà ripropone in questa sede. Però la tesi dell'appellante non è accoglibile.

Essa innanzi tutto si fonda sulla ipotesi che la ditta Testa si proponesse di vendere il diritto di riproduzione di quelle fotografie, ipotesi questa che non ha alcuna base nelle risultanze acquisite alla causa e delle quali neppure si potrebbe imporre alla ditta Testa l'onere della prova, trattandosi di un fatto negativo e che riuscirebbe per la Ditta stessa d'impossibile dimostrazione.

Ciò che la ditta Testa ha sempre lamentato fin dall'esordio dell'attuale giudizio è il deprezzamento cagionato all'opera sua dal fatto dell'indebita riproduzione delle fotografie e dello smercio delle scatolette portanti in fototipia le stesse fotografie da essa ideate ed eseguite, e per le quali essa si era posta sotto la protezione della legge sui diritti d'autore. La ditta Dellachà non le ha impedito di valersi del suo diritto di cedere ad altri la facoltà di quella riproduzione, ma le ha impedito invece di ricavare dall'opera sua quel profitto che legittimamente aveva ragione di ripromettersi: questa e non altra deve essere la misura del risarcimento del danno, perocchè essa corrisponde a quella diminuzione di patrimonio, a quella privazione di guadagno, che dal fatto illecito ha potuto derivare.

L'esempio del ladro che appropriandosi la cosa altrui è tenuto a restituire il mal tolto

od a rimborsarne il valore, non è applicabile alla specie: innanzi tutto il ladro oltre alla restituzione della cosa rubata è sempre tenuto al risarcimento del danno che dall'opera sua delittuosa ha potuto derivare; nel caso concreto poi il fatto illecito della ditta Dellachà non è stato quello di sottrarre materialmente una cosa dall'altrui dominio, ma quello di avere, riproducendo la cosa stessa a tutto suo benefizio, impedito al legittimo possessore di trarne vantaggio.

Tutti i ragionamenti dell'appellante sul minor pregio dell'arte fotografica in confronto della pittura e della scultura, sul minor valore artistico dell'opera, di che si tratta, sulla diminuzione di prezzo dell'opera stessa, perchè passata di moda al tempo in cui la ditta Dellachà pose in circolazione le scatolette colle fototipie riproducenti le fotografie della ditta Testa, o tendono a spostare la questione dai suoi veri termini, o quanto meno devono ravvisarsi prematuri.

Come già si è avvertito, tutta la ragione del contendere sta nel vedere quali siano i criteri che devono guidare il giudice nella valutazione e liquidazione del danno derivato alla ditta Testa dal fatto illecito della ditta Dellachà; la rilevanza della prova offerta dall'attore si desume dal tenore stesso della deduzione, la quale tende a stabilire il deprezzamento delle fotografie in dipendenza della diffusione e dello smercio delle scatolette di fiammiferi, sulle quali vennero quelle fotografie riprodotte; quindi è che qualunque sia il pregio artistico dell'arte fotografica, qualunque sia il valore intrinseco dell'opera, se pel fatto abusivo della riproduzione stessa si è verificato quel deprezzamento che la ditta Testa lamenta, e che si accinge a provare colla prova da essa dedotta, il risarcimento del danno derivato alla stessa ditta Testa in conseguenza di tale deprezzamento dovrà pur sempre essere risarcito, e la misura del risarcimento dovrà pur sempre corrispondere a quel minor guadagno che la Ditta predetta ha potuto ricavare dall'opera sua in dipendenza dell'abusiva diffusione e smercio per parte di chi non aveva il diritto di diffonderla e di porla in commercio. Il vedere poi se all'epoca in cui avvenne lo smercio abusivo dell'opera di che si tratta, già fosse caduta in deprezzamento, perchè passata di moda, è indagine che necessariamente entra nell'ambito dell'inchiesta testimoniale, la quale dovrà appunto stabilire se, come pretende l'attrice, fino al tempo in cui la ditta Dellachà pose in commercio le sue scatolette, le fotografie da essa inventate si vendessero, come afferma l'attrice stessa, al prezzo di cent. 50 ciascuna, o se pure la vendita stessa già fosse cessata od accennasse a diminuire, e così indipendentemente dal fatto della ditta Dellachà, il deprezzamento già si fosse verificato: il che vale anche a ribattere l'argomento dell'appellante che fa rimprovero al tribunale di avere applicato il principio del « post hoc ergo propter hoc »: giacchè dipenderà necessariamente dall'esito della prova il giudicare se tra il fatto della vendita delle scatolette di cerini riproducenti le fotografie dei bambini e la cessazione o diminuzione della vendita delle fotografie stesse per parte della ditta Testa corra il nesso logico di causa ad effetto.

Si è detto che le argomentazioni dell'appellante sono in ogni caso a ravvisarsi premature, e ciò perchè il tribunale si è riservato di provvedere ove del caso all'incombente peritale proposto dall'attrice, e questo potrà giovare e in concorso colla prova testimoniale a meglio determinare il valore intrinseco dell'opera come altro dei coefficienti valutabili nel giudizio di liquidazione, ed indipendentemente anche dalla perizia dovrà pure siffatto elemento di valutazione essere tenuto nel debito conto anche in base alle risultanze già acquisite alla causa, ed in base a quelle che saranno poste in essere colla inchiesta testimoniale. Ma ciò non ha punto disconosciuto il tribunale, che intanto non poteva respingere una prova che rispondeva manifestamente alle esigenze della causa, e tendeva a fornire al magistrato elementi utilissimi per la definizione della controversia.

Neppure ha maggior valore l'obbietto che se il Testa già ebbe a ricavare dalla vendita delle sue fotografie un profitto considerevole, non possa ora pretendere un'indennità maggiore di quella offertagli dalla ditta Dellachà; perocchè se quegli riuscirà a provare che il profitto ricavato negli anni precedenti avrebbe continuato a ritrarlo se il fatto illecito da esso lamentato non glielo avesse impedito, quella diminuzione di lucro che potè essere la conseguenza del fatto stesso dovrà inevitabilmente essere risarcita.

Le suesposte considerazioni mentre dimostrano come a buon diritto il tribunale abbia fatto luogo alla prova dedotta dalla ditta Testa, valgono pure a chiarire l'irrilevanza della prova offerta dalla ditta Dellachà, sia in quanto tende a stabilire quale sia in comune commercio il prezzo che si suole corrispondere per il diritto di riproduzione delle fotografie, che, come già si è detto, non è giusto criterio di apprezzamento del danno reclamato dalla attrice, sia in quanto mira a porre in essere le offerte fatte a titolo di indennizzo dalla ditta Dellachà per evitarsi le molestie e le spese di un litigio, e ciò sia perchè questa circostanza non è contestata, sia perchè solo dalle risultanze ulteriori della

causa potrà essere chiarito se o meno ragionevoli fossero le pretese del Testa, e se bene o male abbia agito nel rifiutare quelle proposte giudicandole insufficienti.

È poi questione prematura quella che si solleva in oggi dalla Ditta appellata circa la maggiore o minore estensione che la ditta Testa ha creduto di poter dare alle sue domande e circa il fatto di avere essa nell'inizio della causa invocato il risarcimento del danno, lamentando l'abusiva riproduzione di dette fotografie, mentre il confronto avvenuto dopo la trasmissione delle copie depositate alla prefettura di Genova avrebbe assodato che sei soltanto erano state le fotografie riprodotte, imperocchè la risoluzione di siffatta questione non può avere uno scopo serotino, se non in quanto si abbia a statuire sulle spese del giudizio, statuizione questa che non potrà avvenire se non alla pronuncia definitiva, ed il tribunale che, limitandosi ad ammettere una prova, riservò ogni suo giudizio in ordine alle spese, non ha arrecato all'appellante gravame di sorta.

Per la stessa ragione non è il caso per ora di soffermarsi al rimprovero che si muove alla ditta Testa di avere chiesto una somma manifestamente esagerata, nè al rilievo di non avere la ditta Dellachà dato causa alla precedente sentenza che ordinò la trasmissione e il deposito della copia esistente presso il Ministero di agricoltura, industria e commercio: tutto ciò potrà essere oggetto di discussione quando la causa sarà giunta alla sua definitiva soluzione, ed occorrendo allora di statuire sulle spese di lite, tutti gli elementi di fatto sopra indicati dovranno essere dal giudice convenientemente esaminati ed apprezzati.

L'appellante invoca ancora la sua buona fede, ed a sostegno di questo suo assunto ha prodotto una sentenza di questa Corte colla quale in un'altra causa vertente fra le stesse parti fu ritenuto insufficiente ai fini della legge sui diritti d'autore la indicazione dell'opera che si intendeva porre sotto la salvaguardia di quella legge; ma occorre osservare che la questione della buona fede già fu discussa e risolta coi precedenti giudicati, che il tribunale non ha ritenuto che la ditta Dellachà avesse agito con dolo, ma soltanto la ritenne responsabile in linea di colpa, ed il maggior o minor grado di questa colpa sarà pure uno degli elementi dei quali dovrà tener conto nella estimazione del danno.

Finalmente non si potrebbe neppure fare appunto al tribunale di avere pronunciato il divieto alla ditta Dellachà di continuare a riprodurre e smerciare le fotografie delle quali si tratta, imperocchè a parte la questione se allo stato degli atti si possa ritenere o meno che quella riproduzione e quello smercio abbia perdurato dopo la istituzione del presente giudizio, è però indubitato che quella pronuncia era la conseguenza logica e giuridica della riconosciuta illiceità del fatto addebitato alla ditta Dellachà, e l'avere questa dichiarato di non intendere per l'avvenire di riprodurre e di smerciare le fotografie di che si tratta, non valeva a dispensare il tribunale dall'emettere una pronuncia che era in termini espressi reclamata dalla parte attrice ed era in sè stessa alla legge conforme, dappoichè è sempre dovere del giudice di pronunziare su tutte le domande ed eccezioni proposte dalle parti anche nel caso in cui vi sia su tutte o su parte di esse l'accordo dei contendenti, essendo evidente l'interesse che ha ciascuna delle parti ad avere un titolo efficace per la consecuzione di ciò che legittimamente le può spettare.

P. q. m., conferma l'appellata sentenza.

—

TRANI, 16 marzo 1901 - *Pres.* Perfumo — *Est.* Panacchia = Fumarola c. Chiloyro.

L'avvocato può rifiutarsi di prestare testimonianza in materia civile allegando il segreto professionale (1).

La pretesa del signor Chiloyro di obbligare il signor Paratita a deporre non è fondata. Di vero: il Paratita, per l'articolo 288 c. p. p., che rimane applicabile anche in materia civile, per la identità delle ragioni che indussero il legislatore a dettare la disposizione, ha bene il diritto di astenersi dal deporre; perchè della rivelazione del segreto professionale egli solo è in grado di comprendere la importanza. E nulla rileva che non avesse assunto la difesa dell'una o dell'altra parte, perchè l'opera dell'avvocato e del procuratore non si applica solo con la difesa, ma anche col consiglio e coll'opera conciliatrice, bastando in ogni caso che i segreti e le confidenze venissero fatte in considerazione appunto della cennata qualità di avvocato e di procuratore.

L'assentimento della controparte a che il Paratita deponesse non gioverebbe a dispensare il testimone dal serbare il segreto professionale; perchè la determinazione dell'avvocato di non deporre non può venire esclusa dalla volontà delle parti; tanto più che in

(1) Cfr. da ultimo DE GIULJ, *Prova testimoniale*, nella *Enciclopedia giuridica*, p. 693, n. 71. — In senso contrario A. Genova, 16 febbraio 1900, in questo *Filangieri*, 1900, 869 coi richiami.

molti casi una opposizione a che il testimone avvocato fosse udito, potrebbe riuscire pregiudizievole a chi la facesse pel dubbio che facilmente sorgerebbe del timore di una parte della rivelazione di qualche confidenza, il che potrebbe dare occasione ad un assentimento non libero, ma dettato dalla necessità o dalla convenienza di non far sospettare di aver rivelato all'avvocato fatti che deposti potrebbero pregiudicare la propria tesi. Ma nella specie v'ha di più che il Fumarola, pur dimostrando la massima soddisfazione di udire il testimone, non omette di credere giusto il rifiuto di deporre. Laonde vuolsi dichiarare la facoltà del signor Paratita di non deporre come testimone nella causa di che trattasi.

—

ROMA, 23 gennaio 1901 — *Pres.* Spaziani — *Est.* Spirito = Lopez.

Il Consiglio dell'Ordine degli avvocati non può cancellare dall'albo o prendere alcun provvedimento disciplinare in confronto dell'avvocato inscritto, neppure nei casi di cui all'articolo 28 della legge 8 giugno 1874 sugli avvocati procuratori, senza debitamente citarlo colla procedura prescritta nell'antecedente articolo 27 (1).

Per una di quelle fatalità inesplicabili che incombono talora sull' esistenza di alcuni individui, il Lopez, distinto avvocato penale, veniva implicato in un procedimento per ricettazione dolosa senza precedente trattato, e con sentenza della Corte d'assise, sull' analogo verdetto dei giurati che lo ritennero colpevole alla sola maggioranza di 7 voti col beneficio delle attenuanti, condannato alla pena di 3 anni di carcere.

Era naturale. Il Consiglio dell'Ordine degli avvocati, dopo di avere ad unanimità deliberato, nell'adunanza 17 ottobre 1887 (risolvendo l'analogo dubbio sollevato dal presidente), che fosse il caso di procedere per la cancellazione dell'avv. Lopez dall'albo senza la previa citazione, basandosi su di altro precedente e sull'interpretazione eccettuativa dell'art. 28 della relativa legge, con posteriore deliberazione del 31 stesso mese, vista la precedente, ordinava la cancellazione di detto avvocato dall'albo. Ed occorre rilevare che nella prima delle cennate deliberazioni la quale vedesi firmata dal solo presidente, non figurano nè i nomi nè il numero dei consiglieri intervenuti: e che nella seconda, firmata dagli 8 consiglieri che vi presero parte, non leggesi la nota che fosse stata presa a maggioranza dei votanti.

Scontata la pena, l'avv. Lopez si tenne prudentemente in disparte per parecchi anni; finchè nel settembre 1900 non ebbe ottenuta la sua riabilitazione con reale decreto. Quando, sospinto forse dalle necessità della vita o dal fastidio di una inerzia che nella coscienza del proprio valore doveva essere a lui gravosa, ed anche dal proposito di riabilitare sè dinanzi a sè stesso ed alla classe, il cui sentimento aveva egli offeso nel prestigio del corpo, pensò di riassumere l'esercizio della sua professione. Ed allora, venuto in cognizione dell'ostracismo contro lui pronunziato con le mentovate due deliberazioni dell'ottobre 1887, non mai notificate per quel medesimo ordine d'idee che aveva indotto il Consiglio a provvedervi senza la di lui citazione, il 18 novembre ultimo presentava ricorso alla Corte d' appello, chiedendone l'annullamento, salvo al Consiglio, se lo credesse del caso, di procedere poscia a regolare giudizio disciplinare.

Erano poi motivi del ricorso: 1.° la violazione dell'art. 23 della legge, non risultando dalla deliberazione 17 ottobre che vi fosse intervenuto il numero legale dei consiglieri, nè il nome dei medesimi; 2.° violazione dell'art. 37 del regolamento in relazione al detto art. 23 della legge ed agli art. 323 n. 6 c. p. p. e 360 n. 9 c. p. c., per non essere stata quella deliberazione, che influì sulla successiva del 31 stesso mese, firmata dai consiglieri, ma dal solo presidente; 3.° violazione dello stesso art. 23, in rapporto alla deliberazione del 31, perchè non vi risulta che fosse stata presa alla maggioranza degli 8 consiglieri intervenuti, o all'unanimità, come quella precedente; 4.° violazione dell'art. 27 ed erronea interpretazione dell'art. 28 della legge, perchè presa senza la di lui citazione, e perchè l'art. 38 non costituisce un' eccezione alla regola nell'anteriore articolo stabilita, bensì una limitazione ai poteri del Consiglio nell'applicazione del provvedimento della cancellazione dall'albo; 5.° violazione dei medesimi articoli, nello speciale rispetto del disposto nell' alinea 1 dell' art. 28, che contempla l'ipotesi della specie del ricorrente, in vista della misura alternativa ivi stabilita; 6.° ed infine la violazione dello stesso art. 28, indicata disposizione, in correlazione all'articolo 323 n. 3 c. p. p., per mancata motivazione ed omessa designazione della ragione onde il Consiglio ebbe ad applicare nella deliberazione del 31 ottobre la più grave misura della cancellazione, anzichè l'altra della sospensione.

Però la Corte, con decisione presa in Camera di consiglio il 23 dello stesso mese di novembre, respinse tutti gli addotti motivi

(1) Riteniamo la decisione giuridicamente correttissima.

di nullità. Quelli contro la deliberazione del 17 ottobre sul riflesso che trattavasi di provvedimento tutt'affatto interno, di semplice parere del Consiglio, volto a diluire il dubbio esternato dal presidente, assimilabile tutto al più a quegli atti di sommarie e preliminari verifiche, di cui è cenno nell'art. 41 del regolamento, devoluti alle esclusive attribuzioni del presidente: e perchè in ogni caso l'ipotetica erronea valutazione in detta deliberazione contenuta, solo nella successiva del 31 ebbe la sua legale riaffermazione, traducendosi da astratta in effettiva e concreta violazione del preteso diritto alla citazione ed alla difesa. Gli altri, contro cotesta seconda deliberazione, precipuamente sul riflesso che il provvedimento emesso dal Consiglio dell'ordine non fu d'indole disciplinare, onde occorresse un regolare procedimento, nè una pena disciplinare, ciò che implica il concetto di una speciale incolpazione di fatti determinati, giusta l'art. 42 del regolamento; bensì l'adempimento del preciso dovere imposto dall'art. 28 della legge, che ordina la cancellazione dall'albo e la sospensione non come pena, ma quale conseguenza legale di un fatto giuridico diverso, che non ammette possibilità d'incolpazione o discolpa; ond'è che nell'art. 28 la cancellazione non è chiamata pena, nè vi si trova cenno del giudizio particolare e dell' applicazione dell' art. 27. Mentre, d'altro canto, dichiarava infondato vuoi l'eccepito difetto di constatazione della maggioranza, se firmata da tutti gli intervenuti, vuoi l'altro di motivazione, bastando all'uopo il richiamo del tenore della sentenza della Corte di assise e la constatazione della gravità dei fatti accertati.

Ma sopra ricorso dell' avv. Lopez la Cassazione annullava siffatta decisione con pronunciato dell'11 gennaio volgente, rinviando a questa Sezione la decisione sul merito dell'istanza del ricorrente.

Dopo le savie osservazioni fatte dalla Corte Suprema nel suo pronunciato sarebbe vano soffermarsi a dimostrare la ragionevolezza dell'impugnativa della deliberazione 17 ott. 1887. Un parere che si traduca in una deliberazione consigliare consacrata in verbale, sopra un'attribuzione del solo presidente, non può costituire la semplice soluzione di un dubbio ed improntare la nota di un Consiglio. Nè poi può battezzarsi come semplice provvedimento interno, benchè preso all'occasione di un fatto speciale, perchè simili provvedimenti hanno la caratteristica dell'obbiettività, mentre la deliberazione prendeva di mira quel fatto e colpiva quell'individuo che vi porse l'occasione. E molto meno può assimilarsi a quei preliminari, di esclusiva competenza del presidente e che costituiscono i preludi del procedimento disciplinare, di cui nell'art. 41 del regolamento, perchè quella deliberazione col negare la necessità della citazione dell' avv. Lopez violava il di lui diritto alla difesa, quando per legge cotesto diritto egli avesse avuto.

Nè è a dire che la violazione effettiva di un tale diritto si consumava solo con la successiva deliberazione del 31, in cui si concretò il concetto astrattamente affermato nella precedente deliberazione. Avvegnachè cotesta influì essenzialmente su quella, perchè da essa partendo, vista la precedente deliberazione in data 17 ottobre, il Consiglio passò oltre sull'esame della necessità o meno della previa citazione, ordinando senz'altro la cancellazione del Lopez dall' albo degli avvocati. Oltrechè, una necessità logica imponeva d' impugnare anche la precedente deliberazione per ottenere l' annullamento della successiva 31 ottobre, comechè si conteneva in essa la diretta violazione del diritto alla difesa, col proclamare non necessaria la preliminare citazione del ricorrente e che occorreva eliminare pel caso della rinnovazione del giudizio.

Epperò, non è vero che solo nella deliberazione del 31 ottobre si attuò l'erroneo concetto a cui fu ispirata la deliberazione del 17; mentre invece la verità è che la violazione del diritto era già consumata quando si divenne al provvedimento del 31, che potè così emettersi *inaudita parte*, solo perchè quella prima deliberazione aveva statuito che non fosse necessaria la citazione. Nè di certo potrebbe essere di ostacolo all'impugnativa il disposto dell'art. 14 del regolamento che consente il ricorso esclusivamente contro le deliberazioni definitive del Consiglio. Poichè, a parte il riflesso che, contenendo la deliberazione del 17 la violazione di un diritto sostanziale, è per ciò stesso definitiva, niente toglierebbe che si potesse contro la medesima ricorrere, anche considerandola solo come preparatoria, quando il ricorso sia esperito congiuntamente a quello contro il provvedimento definitivo (art. 400 c. p. p.).

Senonchè tutto codesto ragionamento rimarrebbe destituito di giuridico effetto quando non si stabilisse l'obbligo della citazione: onde, come fu saviamente rilevato dalla Corte Suprema, il vero punto della controversia consiste nell' assodare se l' avv. Lopez avesse per legge il diritto di essere citato.

All' uopo giova notare che, comunque si voglia battezzare il provvedimento che ordina la cancellazione di un avvocato dall'albo, o che si debba qualificare siccome pena l'applicazione di tale misura, o invece ritenersi conseguenza legale di un fatto giuridico diverso, che non ammette possibilità

d'incolpazione e di discolpa, certa cosa è che desso ha per ultima risultante la privazione di un diritto e la menomazione, che potrebbe essere perpetua, dell'attività individuale. Epperò, se più che alle parole debbasi guardare agli effetti, non può esser dubbio che siffatta misura costituisce una vera e propria pena, senza che possa influire in contrario la circostanza di non leggersi in tal modo qualificata nell'art. 28; mentre tale la legge l'aveva ritenuta nel precedente art. 26, ove sono tutte enumerate le pene disciplinari da applicare secondo i casi. Sicchè il non trovarsi siffattamente riaffermata nel menzionato articolo, lungi dal fornire argomento per disconoscerla tale, costituisce invece una ragione contraria perchè tale si debba ritenere. Lo che viene sempre meglio riconfermato dall'economia delle disposizioni legislative e dall'ordine logico che si vede seguìto dal legislatore nel dettare quelle disposizioni. Parte esso infatti dall'art. 24, ove sono designate le attribuzioni del Consiglio dell'Ordine, fra le quali, al n. 2, quella di « reprimere in via disciplinare gli abusi e le mancanze di cui gli avvocati si rendessero colpevoli nell'esercizio della loro professione »; passa poi nel successivo art. 26 a designare le pene da applicarsi e ne determina l'indole; prosegue proclamando che nessuna pena disciplinare possa essere pronunciata senza che l'incolpato sia stato citato; viene nel successivo art. 28 a disciplinare alcuni casi in cui la cancellazione o la sospensione debba e possa essere pronunciata; e finalmente, nell'art. 31, a regolare il diritto ed il modo del ricorso contro i provvedimenti emessi dal Consiglio dell'Ordine. Ora, è impossibile non iscorgere nell' ordine di tali disposizioni una concatenazione d'idee da indurre, per necessità logica, a ritenere che nessuna distinzione della legge si ponga fra caso e caso, e che le norme da essa tracciate per il procedimento debbansi seguire sempre che si tratti di infliggere una di quelle sanzioni enunciate nell'art. 26.

Epperò l'art. 28, in cui specificamente si provvede alla applicazione in alcuni casi più gravi delle più severe misure a carico degli avvocati, e che segue immediatamente l'art. 27 che contiene l'obbligo assoluto della citazione, non può raffigurarsi come una derogazione all'art. 27. Sarebbe cotesta una derogazione che niente giustifica; una gratuita supposizione ripugnante ai più inconcussi principî di ogni ordinamento procedurale, tanto più grave ed esorbitante, quanto più gravi le conseguenze delle misure ivi contemplate.

E se vero è che anche in argomento di esplicite e formali disposizioni di legge devesi non obliare la regola tracciataci dai romani giureconsulti, *quae sic scripta sunt ut intelligi non possunt, perinde sunt ut si scripta non essent;* se, quando ambiguo ed incerto sia il significato di una disposizione legislativa, tuttochè esplicito il senso letterale delle parole, debbe prevalere ad esso la ragione della legge; se in materia penale il dubbio va risolto in favore dell'imputato, è impossibile immaginare che l'art. 28 potesse contenere una derogazione all'art. 27, quando siffatta interpretazione condurrebbe a negare un principio ed il diritto eterno ed indistruttibile della difesa.

Nè può valere in contrario l'osservare che la difesa implica *ex necesse* un'incolpazione e la possibilità di una discolpa; che gli art. 27 della legge e 42 del regolamento, con altri, parlano d' *incolpato*, e che tale non è il caso dell' avv. Lopez, nè l' ipotesi di cui si occupa l'art. 28. Avvegnachè mal si argomenti dall'impossibilità di una discolpa o dalla necessità indeclinabile della pena, all'ordinamento procedurale od al diritto di essere presente ed ascoltato; onde anche il confesso, anche quando assoluta sia la pena, vuole la legge che sia chiamato al giudizio e che vi assista. Senonchè non è lecito dalla parola *incolpato* desumere un argomento sicuro ad interpretare in senso restrittivo ed eccezionale l'art. 28, mentre infrequenti essendo i casi ivi raffigurati, si spiega perchè nel dettare le norme comuni, il legislatore avesse particolarmente presenti i casi più ovvî.

Ed intanto sta in fatto che l'istesso articolo 28 fa obbligo al Consiglio di motivare la sua deliberazione nel pronunciare la cancellazione di un avvocato dall'albo, obbligo che non avrebbe senso, e sarebbe sfornito di ragionevole e giuridica efficienza, quando l'analoga deliberazione potesse essere presa fuori la presenza della parte interessata, come un qualunque altro interno provvedimento, e dovesse considerarsi siccome una conseguenza legale di un fatto giuridico diverso.

Che se nel controverso art. 28 non si legge adoprata la parola *pena* a caratterizzare la misura da applicarsi, nè vi si richiama per esplicito il procedimento disciplinare, conviene considerare che l'art. 39 del regolamento, prima della rubrica riflettente i giudizi disciplinari, coinvolge in unica disposizione tutti i procedimenti col prescrivere: « I Consigli dell'Ordine sono chiamati a reprimere.... gli abusi e le mancanze che gli avvocati possono commettere nell'esercizio delle loro funzioni, giusta le disposizioni degli art. 24, 26 e 28 della legge ». Niuna differenza dunque si pone dalla legge fra

caso e caso; nè quelli dell'art. 28 sono raffigurati da un punto di vista diverso dagli altri provvedimenti che può ammettere il Consiglio, poichè l'art. 39 richiama insieme e l'art. 24 che determina le attribuzioni disciplinari del Consiglio e l'art. 26 che ne specifica le prove enumerandole, e l'art. 28 che contempla le speciali contingenze nelle quali si può dal Consiglio pronunciare la cancellazione dall'albo o la sospensione. Ed il concetto identico emerge pure indubbio dal tenore dell'art. 31 in cui è dalla legge disciplinato il diritto al ricorso. Poichè in esso niuna distinzione vien fatta tra provvedimento e provvedimento, e per la sua ubicazione, con la generica locuzione di determinazioni, lascia abbastanza chiaramente intendere, benchè solo per implicito, che il ricorso è ammesso contro qualsiasi deliberazione del Consiglio. Mentre, se altro fosse stato l'intendimento della legge, qualora le deliberazioni dell'art. 28 potesse il Consiglio emettere *inaudita parte,* senza solennità di giudizio e di forme, nè il ricorso sarebbe guari ammissibile, nè certo il legislatore avrebbe trasandato di farne esplicita dichiarazione. Che poi non possa esser dubbio che sia dalla legge consentito il ricorso in tutti i casi, quelli compresi dall'art. 28, oltre che dai fatti riflessi, scaturisce manifesto dalla letterale locuzione dell'art. 31. Il quale dopo di avere nella prima parte affermato il diritto dell'incolpato di gravarsi alla Corte, disciplinando nel successivo alinea l'analogo diritto del P. M., dispone: « quando si tratti di sospensione, di cancellazione dall'albo (si noti) prescritta dalla legge...., le deliberazioni del Consiglio favorevoli all'incolpato possono eziandio essere impugnate per sola violazione di legge dal P. M. ». Ora, se il diritto d'impugnare col ricorso le deliberazioni del Consiglio, spetta eziandio al P. M. anche quando si tratti di cancellazione dall'albo prescritta dalla legge, è di tutta evidenza che ugual diritto compete pure all'incolpato, coerentemente alla generica locuzione della prima parte dell'articolo. Ciò che, in altri termini, vuol dire che pure in quei casi, che sono quelli dell'art. 28, non si possa prescindere dal procedimento disciplinare e dall'obbligo della citazione dell'incolpato, e che pertanto non sia esatto che tali provvedimenti non debbano considerarsi quali misure disciplinari, ma come conseguenza legale di un fatto giuridico diverso, e che sia assolutamente necessaria una incolpazione o la possibilità di una discolpa per dar luogo ad un procedimento disciplinare. Quantunque, se sotto cotesto rispetto dovesse raffigurarsi la quistione, non potrebbe dirsi che nel caso attuale, tenuto conto della specie alterna di pena applicabile, giusta il capoverso primo dell'art. 28, mancasse la ragione della difesa o la possibilità di una discolpa, in lato senso, se non per escludere, per attenuare almeno le conseguenze del provvedimento, ed ottenere che gli fosse applicata la misura della sospensione, anzichè l'altra più grave della cancellazione. Ora, l'alternativa implica la scelta; nè la scelta in materia di pene disciplinari può essere cieco impulso di arbitrio, ma ponderata determinazione di ragionamento; ciò che importa un esame ed una valutazione dei diversi coefficienti di fatto capaci di piegare la volontà per l'una più che per l'altra sanzione. Epperò la legge nella richiamata disposizione coordina l'applicazione dell'una o dell'altra pena alla natura e gravità delle circostanze; nè tale natura e gravità potrebbe apparire od esplicarsi senza lo sviluppo dei fatti e l'accurata ponderazione delle contingenze diverse, valevoli a colorire un fatto specifico più o meno vivamente, sì da renderlo passibile dell'applicazione piuttosto dell'una che dell'altra misura.

Donde è chiaro, in cotesto caso almeno, che non possa dirsi la deliberazione mera conseguenza legale ed indeclinabile del giudicato di prima condanna, onde non occorressero verifiche a difesa; mentre è precisamente il contrario che vien dalla legge proclamato col porre l'obbligo al Consiglio di valutare la natura e la gravità delle circostanze che determinarono la condanna penale. Ora tutto cotesto lavorìo di esame, che presuppone uno sviluppo di fatti e che lascia intravedere una sequela ordinata di atti, richiamando il concetto del procedimento disciplinare, richiama ad un tempo la presenza dell'incolpato, ciò che conduce all'obbligo della di lui citazione per potere opportunamente presentare al Consiglio le difese e le osservazioni che creda meglio nel suo interesse, per ottenere l'applicazione della sospensione anzichè della cancellazione dall'albo. E si noti che la sentenza, la quale condannava il Lopez alla pena di tre anni di carcere, veniva pronunciata da una Corte di assise sul verdetto dei giurati, e che non poteva pertanto contenere quell'esposizione di fatti e valutazione delle varie risultanze degli atti e del dibattimento, valevoli a rendere ragione dell'affermata colpabilità ed a fornire quindi al Consiglio i dati necessari per fondare il suo convincimento. Senza dire che, come saggiamente notava il Supremo Collegio, la convinzione dev'essere personale e diretta, e non improntata dal modo di vedere e di sentire dei giudici che pronunciarono la condanna; altrimenti vane sarebbero state le discretive della legge, e senza effetto l'obbligo della motivazione e la dişa-

mina della natura e della gravità delle circostanze.

Epperò, considerando al lume degli esposti riflessi il tenore dell'art. 28, tenuto conto della gravità del provvedimento della cancellazione nelle giuridiche sue conseguenze, per cui si viene ad indurre una menomazione della libertà civile individuale che può essere perpetua, ragionevole appare il concetto enunciato dal Lopez nel suo ricorso, confortato dal suffragio della dottrina, che detto articolo non contenga punto una derogazione al precedente art. 27, tacendo esso assolutamente in proposito; ma solo una limitazione alle attribuzioni del Consiglio contenute nell'art. 24 della legge in relazione all'art. 26, nel senso che la grave misura della cancellazione, vera interdizione da un pubblico ufficio, si possa e debba dal Consiglio dell'Ordine applicare esclusivamente nei casi tassativamente ivi menzionati.

Pertanto, salvo al Consiglio di rinnovare nei modi legali il procedimento disciplinare a carico del Lopez se lo crederà opportuno nell'interesse del decoro e del prestigio dell'Ordine, siccome l'istesso avvocato ne riconosceva la facoltà nel ricorso, devesi pronunciare l'annullamento delle due cennate deliberazioni per mancanza di citazione.

Ciò rende frustraneo l'esame degli altri motivi del ricorso.

P. q. m., ecc.

—

LUCCA, 18 gennaio 1901 — *Pres.* Mosca — *Est.* Pannunzio = Lenzi c. Guelfi.

I decimi di guerra non vanno compresi nell'ammontare del tributo diretto verso lo Stato che si deve prendere per base onde determinare il prezzo d'asta a sensi dell'art. 663 c. p. c.

La questione da risolvere si riduce nel dover decidere se per determinare il prezzo da offrire per la vendita di beni immobili che si vogliono subastarsi, nel cumulo di 60 volte il tributo diretto verso lo Stato, si devono o meno comprendere i decimi addizionali.

Devesi por mente che il tributo verso lo Stato rappresenta una parte aliquota della rendita che produce un fondo che ne è gravato. Ora se, nell'aggiungere i decimi a siffatto tributo, non si procede ad un lavoro di revisione per rilevare che la detta rendita sia cresciuta, la base del tributo rimane quale era; e quindi la parte aliquota si deve ad essa proporzionare, salvo l'aumento dei decimi. Onde apparisce che il tributo e i decimi sono tra loro di natura essenzialmente diversa, in quanto l'uno consiste in una partecipazione dello Stato al prodotto di un fondo, e gli altri consistono in un aggravio a carico del possessore dello stesso fondo che a tale tributo si unisce per circostanze speciali e temporanee. E ne deriva che, sussistendo il tributo prima di imporsi i decimi come tassa permanente e parte aliquota della presunta rendita, ed essendo i decimi una tassa temporanea, se l'uno e gli altri concorressero quali fattori alla determinazione del prezzo di un fondo che si voglia subastare, e poi i ripetuti decimi fossero aboliti, il compratore potrebbe aver pagato più di quanto doveva, a norma dell'art. 663 c. p. c. E non giova addurre l'argomento che si trae dalle periodiche revisioni dell'imposta sui fabbricati; poichè se i fabbricati, per le continue loro trasformazioni, coi miglioramenti e con le nuove costruzioni, richiedono che si proceda ad un lavoro di revisione, per stabilire l'aumento della rendita, e quindi l'aumento del tributo; pei terreni ciò non accade. E d'altronde, anche pei fabbricati, al tributo stabilito dopo le periodiche revisioni, si aggiungono i decimi nello stesso modo che pei terreni, avendo riguardo all'imposta e non alla rendita.

I decimi addizionali non devono quindi essere compresi nel cumulo del sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato, per determinare il prezzo di un fondo che si voglia subastare.

Quindi tutte le domande proposte dai Lenzi, con la citazione 12 nov. 1900 e nella comparsa 29 dic. stesso anno, devono essere accolte.

Non avendo il Guelfi costituito procuratore, se ne deve dichiarare la contumacia, a norma dell'art. 380 c. p. c.

P. q. m., ecc.

—

NAPOLI, 19 novembre 1900 — *Pres.* Capaldo — *Est.* Bianco = Domenichelli c. Basilone.

È soggetta a perenzione *anche la sentenza che dichiari aperta la successione e ordini la divisione coi relativi provvedimenti.*

I primi giudici non hanno accolto la dedotta eccezione di perenzione perchè, interpretando il capoverso dell'art. 341 del c. p. c. (che sian salvi dall'impero di essa gli effetti delle sentenze per quelle statuizioni nelle quali l'autorità giudiziaria avrebbe definitivamente esaurito il suo compito) hanno affermato che, dichiarata aperta una successione e dispostane la divisione, il provvedimento risente della sua natura definitiva, da non poter essere nè scosso, nè emesso una seconda volta.

Codeste argomentazioni vanno proprio a ritroso dell'istituto della perenzione così come è disciplinato dal nostro codice di procedura ed obliano la natura giuridica delle sentenze che dichiarano solo aperte le successioni, e nel disporne la divisione, dànno fuori provvedimenti istruttori per conseguirla.

Senza rifar la storia, ormai nota, dei due sistemi sorti nell'antico diritto francese, e in quei che primi e più dappresso ne seguirono la codificazione, sull'efficacia delle interlocutorie nei rispetti della perenzione, l'uno dei quali rendeva omaggio alla ragione suprema in che si fonda l'istituto della perenzione, l'altro all'autorità della cosa giudicata, importa assai il delineare come esso è stato codificato nel diritto italiano. Tutte le disposizioni che lo disciplinano sono compenetrate in un solo ed identico sistema. Qualunque istanza, proclama l'art. 338, è perenta se pel corso di anni 3 non siasi fatto alcun atto di procedura; il che, per l'articola 340, avviene di diritto. Ora a codesta causa, che opera in modo così ampio e largo, e che non ha condizioni o limiti di sorta, conviene che rispondano gli effetti; i quali sono nitidamente determinati nel seguente art. 341, ove è sancito che dalla perenzione non è estinta l'azione, nè gli effetti delle sentenze pronunziate, nè le prove che risultino dagli atti. Le conseguenze giuridiche chiare ed ineluttabili che promanano da codesti articoli, che si illustrano e illuminano a vicenda, sono: che unica è la formula, comprensiva pur dell'azione, usata dal legislatore italiano, il quale in questo rievocava i ricordi del codice sardo e del francese, e che il concetto dell'art. 341 è quello fatto palese dalla semplice sua dizione, che cioè la perenzione renda nulla la procedura, malgrado la prova raccolta e la sentenza pronunziata nel corso di questa, ma non estingue l'azione, nè gli effetti di simili sentenze, nè quella prova.

L'affermazione contenuta nella sentenza impugnata, che nel respingere la eccepita perenzione, accennando alla disposta divisione, esce in queste parole che « se l'effetto di tal pronuncia non si perime, vuol dire che il provvedimento dopo resta fermo, cioè non può venir emesso una seconda volta », contraddice proprio all'esposto sistema del codice. Imperocchè dall'un lato il legislatore sanziona la perenzione dell'istanza, non quella dei singoli atti del procedimento; dall'altro salva dalla perenzione non già la sentenza in sè e per sè considerata, ma gli effetti della sentenza. Il che è ben grave per renderne sicuri del principio che gli atti restino come elementi delle sentenze e come fonti della loro interpretazione, ma perdono e quelli e queste ogni valore come continuazione di quell'istanza, che per l'inutile decorrimento del termine è stata irrevocabilmente colpita dalla perenzione.

Ragione del decidere dei primi giudici è stata nell'aver ravvisato, nella dichiarazione dell'apertura della successione fatta nella sentenza, tal cosa, per la quale la istanza si esaurisca e s'intenda finito il compito del magistrato. Il giudizio *familiae erciscundae* allora raggiunge il suo scopo, quando divisa la sostanza ereditaria, si viene a pronunziare sull'attribuzione delle quote a ciascun coerede in ragione del proprio diritto. Con la sentenza che ordina la divisione, e dispone i mezzi per attuarla, non si esce dallo stato di indivisione, da quel possesso comune ed indiviso dei beni ereditari, a far cessare il quale tende il giudizio.

Essa non è la sentenza che pone fine alla lite; e l'istanza, per la possibilità di provocare la giurisdizione del giudice nelle questioni per avventura insorgenti, è sempre viva insino alla sentenza di omologazione dell'art. 894 c. p. c., che è davvero l'atto compilare del giudizio: la quale sia fondata sull'accordo dei contendenti, o no, non lascia di avere forma e valore di sentenza.

P. q. m., ecc.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

1.° maggio 1901 — *Pres.* e *Rel.* Canonico = Conflitto in causa Asnao.

Non risponde a sensi dell'art. 203 c. p., ma di appropriazione indebita il custode di mobili affidati in occasione della procedura per rilascio a termini dell'art. 748 c. p. c.

Il Procuratore Generale: Visti gli atti a carico di Giacomo Asnao fu Francesco, di anni 50, da Palermo, imputato di rifiutata consegna a chi di ragione di cosa affidata alla sua custodia, reato commesso in Palermo, in danno di Angela Calluca, denunziato il 27 sett. 1900 (art. 203 c. p.);

Vista l'ordinanza del giudice istruttore 22 dic. 1900 che, attesa la tenuità del reato e le sue modalità, rinviò l'imputato al giudizio del pretore urbano di Palermo;

Vista la sentenza 22 genn. 1901 del pretore anzidetto che, riconoscendo nel fatto attribuito all'Asnao i caratteri del reato d'indebita appropriazione, invoca il giudizio della Corte di cassazione a norma dell'art. 345 c. p. p.

Procedendo l'usciere allo sfratto di Angela Calluca dalla casa di proprietà del sig. Vincenzo De Luca, in forza di sentenza del giudice conciliatore, e non trovandosi presente l'inquilina, mise fuori dall'abitazione i mobili di proprietà della medesima, e uniformandosi alle disposizioni dello art. 748 c. p. c., fece consegnatario e custode di detti mobili Giacomo Asnao con obbligo di restituirli alla proprietaria. Ma l'Asnao, quantunque richiesto, non volle restituire.

Sopra querela della Calluca, si procedette contro di lui pel reato preveduto dall'articolo 203 c. p.; ma il pretore invece ha creduto che, non essendo le suppellettili di cui si disputa sottoposte a *pignoramento o sequestro* per esecuzione forzata, non ricorra l'ipotesi dell'articolo anzidetto, ma piuttosto quella dell'art. 417, cioè dell'appropriazione indebita, per avere l'Asnao negato la restituzione di cose a lui affidate con obbligo di tenerle a disposizione della Calluca, onde l'incompetenza di esso pretore, perchè la pena di questo reato eccederebbe il limite assegnato alla facoltà di rinviare dall'articolo 252 c. p. p.

Però la consegna fatta dall'usciere in occasione di esecuzione per rilascio d'immobili a termini dell'art. 748 c. p. c. può essere assimilata alla consegna per custodia in caso di pignoramento o sequestro; e d'altra parte se in fatto sta che l'Asnao non si è curato di restituire i mobili avuti in consegna, non si è detto che ne abbia disposto come di cosa propria, traendone profitto per sè o per altri, onde non è dubbio che il fatto presenti i caratteri del rifiuto di cui all'art. 203 c. p., non quelli dell'indebita appropriazione.

E quindi, visti gli art. 203, 417 c. p. e 345 c. p. p.

Chiede che la Corte di cassazione, annullata la detta sentenza del pretore urbano di Palermo, dichiari la causa di competenza del pretore medesimo.

Firmato: Pascale S. P. G.

Non basta il rifiuto di consegnare a chi di ragione le cose ricevute in custodia a costituire il reato di cui all'articolo 203 cod. pen., ma occorre ancora che si tratti di cose *sottoposte a pignoramento od a sequestro;* senza di che mancherebbe l'estremo essenziale dei reati contro la pubblica amministrazione, fra i quali è posto quello previsto dal detto art. 203.

Essendovi querela anche per appropriazione indebita, spetta al giudice di merito il vedere se, date le circostanze di fatto, concorrano gli estremi di appropriazione indebita, ovvero se, escluso ogni carattere delittuoso, si tratti di sola azione civile.

P. q. m. la Corte Suprema risolvendo il conflitto dichiara, allo stato degli atti, la competenza del tribunale; annulla l'ordinanza del giudice istruttore di Palermo 22 dic. 1900, e rinvia gli atti al Proc. del Re pel corso ulteriore di giustizia.

—

26 marzo 1901 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Ricco = Travagliaro.

1. *La circostanza che lo sportello di un carro ferroviario possa essersi aperto per difetto di costruzione e non perchè malamente chiuso dagli agenti ferroviari, non vale a prosciogliere questi dall'accusa per la lesione derivata dall'apertura.*

2. *Il legale che con speciale mandato rappresenta il civilmente responsabile, ne può anche fare la difesa senz'uopo di altro speciale difensore.*

3. *La legge 17 marzo 1898 sugli infortuni del lavoro non ha derogato al diritto comune pei reati di azione pubblica.*

La circostanza che lo sportello del carro ferroviario avesse un difetto di costruzione non fu dedotta con motivo specifico in appello, ma solo come un'ipotesi, di cui si fece cenno nelle argomentazioni della difesa. Non era quindi la Corte tenuta ad occuparsene di proposito.

D'altronde anche ammesso che lo sportello si fosse aperto per difetto di costruzione e non perchè malamente chiuso dagli agenti ferroviari, non sa capirsi come per ciò solo sarebbe esclusa la colpa di costoro, i quali o non avrebbero dovuto adibire il carro difettoso, o per lo meno avrebbero dovuto avvertire dell'inconveniente, affinchè vi si fosse riparato.

La deduzione relativa al secondo mezzo è priva di fondamento, imperocchè il Carlier, responsabile civile, fu con mandato speciale rappresentato all'udienza dall'avv. Piccinelli, il quale ne assunse anche la difesa, e non era certo vietato che nella persona di costui si riunissero le due mansioni. Ma, da ciò prescindendo, la sentenza impugnata ammette in fatto che, oltre del Piccinelli, fu costituito procuratore speciale del Carlier anche l'avvocato Valdata e l'uno e l'altro, il Valdata e il Piccinelli, presero la parola in difesa del loro rappresentato Carlier. Ond'è che quest'ultimo, anzichè sfornito di difensore, ne ebbe due.

La legge speciale sugli infortuni degli operai sul lavoro del 17 marzo 1898, non ha derogato, nè poteva derogare alla legge comune; l'articolo 22, invece, fa salva espressamente la responsabilità che rimane a carico del proprietario, capo o esercente dell'impresa. Ed aggiunge che queste disposizioni si applicano soltanto quando il fatto costituisca reato di azione pubblica.

Ora di azione pubblica è precisamente il reato pel quale ora si procede, giacchè l'offeso Saurevg Giovanni riportò da questo infortunio lo sfregio permanente e la perdita della gamba sinistra, a segno che il giudice di merito ha applicato il n. 2 dell'art. 375 c. p. e non il n. 1. Ond'è che, non reggendo alcuno dei mezzi suesposti, il ricorso deve essere rigettato per tutti e tre i ricorrenti.

—

22 gennaio 1901 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Civiletti = Greco.

Il magistrato di rinvio, purchè non aumenti la pena, può mutare anche in senso più grave il delitto o reato (1).

Greco Salvatore imputato di truffa e condannato per tal reato dal Tribunale di Siracusa, venne con sentenza della Corte di Catania dichiarato invece colpevole di appropriazione indebita. La detta sentenza però, denunziata a questo Supremo Collegio, fu cassata per difetto di motivazione e rinviata alla Corte di Messina, la quale ritenne il reato d'indebita appropriazione qualificata confermando, in quanto alla pena, la sentenza dei primi giudici. Questa sentenza in grado di rinvio fu proferita in contumacia del detto imputato, e notificata in Floridia il 4 nov. 1900. Egli, il Greco, ricorre per cassazione deducendo vagamente:

1.° la violazione dell'art. 373 c. p. p., poichè essendo stato citato per rispondere del reato di truffa non poteva essere condannato per appropriazione indebita qualificata;

2.° Perchè secondo il Tribunale e la Corte di Messina un imputato per truffa o appropriazione indebita qualificata in danno di Caio può essere invece condannato per detti reati come commessi in danno di Mevio che fu teste inteso con giuramento.

3.° perchè furono applicati falsamente gli art. 417 e 419 c. p.;

4.° perchè la sentenza manca di motivazione sui motivi di appello.

Sul proposto ricorso la Corte osserva che, a prescindere dal modo vago e generico con cui si espressero i dedotti mezzi, essi manifestamente sono inattendibili, sia perchè il magistrato del merito può qualificare il reato e giudicarvi nei limiti della sua competenza, sia perchè la pena inflitta non esorbitava dai limiti consentiti dalla legge, e la Corte d'appello, in un reato più grave avendo confermata quella pena applicata per un reato minore dai primi giudici, non recò alcun pregiudizio all'imputato il quale non avrebbe interesse di dolersene. In quanto poi al lamentato difetto di motivazione espresso vagamente senza precisarne la con-

(1) Cfr. anche in tema d'appello del solo imputato da ultimo, Cass. 6 marzo 1900 in *Filangieri*, 1901, 76, col richiamo.

sistenza, la Corte osserva che la sentenza denunziata risponde a tutti i singoli motivi di appello e dà sufficiente ragione dell'emesso giudizio.

P. q. m., rigetta.

—

31 gennaio 1901 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Romano = Gonella.

Non vanno annotati a casellario i provvedimenti emessi contro i minori di anni 9 a sensi dell'art. 53 cap. c. p. (1).

Il tribunale respinse la domanda di cancellazione del Gonella, per aver ritenuto che, per l'art. 33 n. 3 del R. D. 1 dicembre 1889 per l'attuazione del nuovo codice penale, debbano esser conservati nel casellario giudiziale i provvedimenti contro minori che hanno commesso un delitto senza discernimento, dati con decisione divenuta irrevocabile; e non era legale la distinzione fatta dal P. M. tra l'art. 88 c. p. e l'art. 53 cod. vigente, nel senso che quest'ultimo articolo non ammette pei minori di 9 anni indagini sul discernimento, perchè, anche per l'art. 53 cod. vigente, la consegna del minore ai parenti è ammessa, sebbene facoltativamente. Ed in conclusione il provvedimento della Sezione d'accusa del 2 giugno 1889 potrebbe esser dato anche sotto l'impero del codice penale vigente. Però il tribunale ha guardato la questione da un punto di vista escluso ed unilaterale. L'art. 33 del R. D. 1 dic. 1889, contenente le disposizioni per l'attuazione del codice penale vigente, al n. 3 ripete in forma più breve quanto era disposto nel n. 3 art. 1 del R. D. 1 dic. 1865 sulla istituzione di un casellario giudiziario per l'accertamento degli antecedenti penali degli imputati e dei recidivi, dove è detto che debbono iscriversi nel casellario: i provvedimenti delle Corti e dei tribunali contro i minori di anni 14, che hanno commesso, senza discernimento, un crimine o un delitto. Il n. 3 del R. D. del 1889 omette i 14 anni, e non aveva bisogno di dirlo pei minori degli anni 9, pei quali, giusta l'articolo 53, non si procede. La questione del discernimento pel codice vigente non si può fare, se non pei minori che, nel momento in cui hanno commesso il fatto, avevano compiuti gli anni 9, ma non ancora i 14; se poteva farsi pel codice penale del 1859, pel codice penale vigente non si può fare, e quindi, tanto pel decreto del 1865, quanto per quello del 1889 il fatto (delitto) del Gonella, di 4 anni, non doveva essere iscritto nel casellario. Non si poteva fare per l'articolo 53 che, disponendo non procedersi contro colui che, nel momento in cui commise il fatto, non aveva compiuto i 9 anni, considera il minore medesimo come irresponsabile, come autore di un fatto a lui non imputabile, sebbene costituente delitto, per difetto di dolo, cioè della coscienza di commettere un atto violatore d'una legge penale. È chiaro indubitatamente il concetto del legislatore nel disporre non procedersi contro il minore di 9 anni, anche pel decreto sul casellario del 1865 sotto l'impero del codice penale abolito; ma se di ciò si può dubitare pel codice penale abolito, non può dubitarsi sotto l'impero del codice penale vigente, il quale nella specie dovrebbe applicarsi per l'art. 2 c. p., come più favorevole all'imputato. Nè vale l'argomento che la Sezione d'accusa nel 1887 ordinò la consegna del Gonella ai parenti (obbligatoria per l'art. 88 codice del 1859, facoltativa per l'art. 53 c. p. in vigore), dappoichè non è questione d'una misura prudenziale e precauzionale nell'interesse della società, la quale non tocca nè muta per nulla la condizione morale del minore, è questione di discernimento, come si è osservato, e questa questione oggi non può farsi dai Collegi giudiziari pei minori di 9 anni. Sarebbe per altro, poco serio che pel fatto, commesso inscientemente da un bambino di 4 anni, dovesse rimanere a suo carico, con danno spesso irreparabile, una traccia indelebile nei registri penali. Le leggi vanno interpretate con senso di giustizia e di equità, che è la fonte cui attinge il diritto positivo.

(1) Cfr. Setti, *Registri penali*, nella *Enciclopedia giuridica*, p. 517. Il difetto di discernimento, dice questo A., esclude il dolo; e, tolta l'intenzionalità delittuosa, si rientra nel concetto espresso dall'art. 604 c. p. p., di un fatto che non costituisce reato.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

SEZIONI UNITE.

Parere 25 aprile 1901 = *ric.* Jannacone.

Nel computo dei voti agli effetti di stabilire la maggioranza dei votanti nelle deliberazioni dei Consigli comunali vanno calcolate anche le schede nulle.

Di fronte alle chiarissime disposizioni del II e III capov. dell'art. 274 legge comunale e provinciale non può dubitarsi che sull'ordine del giorno proposto nell'adunanza del 25 marzo mancò ogni valida votazione. Il II capov. del citato articolo dispone in questi termini: « Nessuna deliberazione è valida se non ottiene la maggioranza assoluta dei votanti »; e il capoverso III: « Le schede bianche e le non leggibili si computano per determinare la maggioranza dei votanti ». E se a determinare la maggioranza dei votanti debbono essere computate le schede bianche e le non leggibili, nelle quali non fu in nessuna maniera espressa la volontà del votante, o fu scritta in modo da non poter essere manifesta, è ben legittimo il concludere che *a fortiori* debbano essere computate le schede nulle, delle quali solo un vizio di forma impedisce di tener conto del voto che fu in esse espresso.

E poichè sta in fatto che su dodici votanti, cinque voti furono favorevoli al licenziamento, sei contrari, e una scheda fu nulla, è manifesto che sul proposto ordine del giorno non fu compiuta una valida deliberazione, dacchè la maggioranza non avrebbe potuto essere minore dei sette.

Nel caso, non può dare modo di valido argomentare il noto adagio « lex quod voluit dixit, quod noluit tacuit », dappoichè la ragione dell'avere il legislatore taciuto della scheda nulla, sta in ciò che tale ipotesi in rapporto alla deliberazione dei Consigli non poteva e non doveva ragionevolmente essere contemplata. Bene è stato contemplato il caso della elezione; e da quello che per le elezioni dalla legge è disposto, un nuovo argomento, che pare perentorio, si trae a conferma di quanto innanzi fu detto, dappoichè nell'art. 73, dandosi norma allo scrutinio delle schede, vi si dice che il presidente del seggio elettorale: 1.° dichiara chiusa la votazione; 2.° accerta il numero dei votanti risultante dalla nota di identificazione; . . . . 4.° conta il numero delle schede e riscontra se corrisponde al numero dei votanti ». Dalle quali disposizioni si rileva che anche nelle elezioni il numero dei votanti è dato da tutti coloro che risultano aver preso parte alla elezione, senza che si abbia alcun riguardo alla validità o nullità del voto, poichè al momento in cui si compiono le suindicate operazioni preliminari dello scrutinio, non si sa ancora se e quante possono esservi di schede nulle.

Nuovo argomento vien pur dato dalla legge 7 aprile 1898, con la quale venne modificato il secondo comma dell'art. 74 del testo unico della legge elettorale politica del 28 marzo 1895, essendosi con essa disposto che « nel determinare il numero dei votanti debbono essere computate tutte le schede, ad eccezione di quelle da considerarsi nulle perchè mancanti del bollo e della firma dello scrutatore ». Dalla quale disposizione, se si rileva che nelle elezioni politiche la constatazione del numero dei votanti non riesce stabilita definitivamente col semplice riscontro della nota d'identificazione e del numero delle schede, si rileva altresì che lo spoglio delle schede non v'influisce se non per togliere quelle sole che risultino nulle perchè mancanti del bollo e della firma dello scrutatore, per la ragione che la mancanza di codesti segni di legittimità della scheda non permette di ritenere che sia stata deposta nell'urna da un elettore; onde in sostanza si ritorna al concetto che la nota d'identificazione è sempre la base del numero dei votanti.

Del resto tutto ciò è perfettamente conforme a ragione: dappoichè la nullità della scheda cade sul voto, e fa per conseguenza che esso non possa giovare al candidato o al partito posto in deliberazione e pel quale

il voto fu dato; ma nulla toglie alla qualità in chi depose quella scheda, elettore o consigliere; nè fa che non sia vero il fatto, che dalla stessa scheda nulla è pure attestato, che egli abbia veramente preso parte alla votazione: fatto che dal legislatore è stato riconosciuto persino nel caso della scheda bianca, nella quale l'assenza della manifestazione di qualsiasi volontà non lascia al fatto della partecipazione alla votazione che l'elemento puramente materiale.

—

SEZIONE INTERNI.

18 gennaio 1901 — *ric.* Comune di Brembate di Sotto.

1. *Ben possono i Comuni stabilire nei propri cimiteri appositi riparti per le persone appartenenti a culti acattolici e per i neonati non battezzati* (1).

2. *Illegalmente quindi la Prefettura annulla la relativa deliberazione del Consiglio comunale, anche se ritenga che, trattandosi d'un piccolo Comune di campagna, e che provenendo l'iniziativa della ripartizione dal paroco, la ripartizione stessa acquisti un significato odioso per talune categorie di persone* (2).

La quistione, la quale è di natura da appassionare, per eccitamento e contrasto di sentimenti religiosi e politici, come si rileva dal ricorso del consigliere comunale di Brembate di Sotto e dalla discussione di quel Consiglio, va esclusivamente esaminata e risolta nei rapporti del diritto positivo, cioè di quel che le leggi e i regolamenti in vigore consentono, vietano o non vietano in fatto di cimiteri.

Per la legge comunale e provinciale, per quella della sanità pubblica e pel regolamento di polizia mortuaria: *a*) l'istituzione dei cimiteri è obbligatoria pei Comuni, nell'interesse della generalità degli abitanti, e niuna distinzione è fatta, per quanto concerne le inumazioni, fra gli ascritti, in vita, ai diversi culti (Circolare del Ministero dell'interno, Div. 4.ª, Sez. 3.ª, 30 luglio 1898); *b*) sono consentiti cimiteri particolari per gruppi di popolazioni, congregazioni, associazioni civili o religiose; in ogni caso la polizia dei cimiteri spetta esclusivamente all'autorità civile. Ma nessuna disposizione di legge o regolamento vieta che, a motivo della diversità dei culti, possano esservi in un cimitero dei riparti speciali.

Implicitamente la separazione è ammessa dall'art. 52 regol. 25 luglio 1892, il quale disponendo che la camera mortuaria del cimitero deve servire per la deposizione di tutti i cadaveri « senza riguardo alla religione che avesse professata il defunto », dà ragione a dedurre che, passato il periodo di osservazione dei cadaveri, quel riguardo, nel cimitero, sia consentito. Ed in tal senso si è sempre pronunziata la pubblica Amministrazione, con istruzioni e circolari, le quali, ferma ritenendo la massima generale, che le inumazioni debbono aver luogo per tutti nei cimiteri comuni, hanno dichiarato che in essi una parte dell'area, da distinguersi dalla rimanente, può essere destinata ai seppellimenti degli acattolici e anche dei bambini morti senza battesimo, escludendo soltanto classificazioni fra defunti che appartengono allo stesso culto, come ad esempio, pei suicidi, i giustiziati, gli annegati, ecc.

Anche questo Consiglio ha opinato dovere i Comuni essere tenuti ad assegnare nel cimitero un luogo separato ed a parte pei culti tollerati (Parere della Sez. Int., 1.° aprile 1865).

Per tutto ciò, la deliberazione 17 luglio 1900 del Consiglio comunale di Brembate di Sotto, la quale incaricava la Giunta comunale di assegnare nel cimitero un'area per l'inumazione dei bambini non battezzati ed una per gli acattolici, non può ritenersi illegale. Nè muta il carattere l'essere stata promossa da domanda del paroco come avrebbe potuto essere promossa da domanda di ministro o di seguaci di diverso culto. Nè si può tener conto delle intenzioni del paroco o di qualsivoglia altro, perchè una deliberazione, in materia ordinata da leggi e regolamenti, quando per sè, nel suo preciso dispositivo, alle leggi e ai regolamenti non contraddica, non diventa illegale per le intenzioni e i motivi che abbiano potuto determinarla. Illegale può diventare l'applicazione, e allora è legittimo, doveroso, l'intervento dell'autorità competente per impedire o reprimere gli abusi.

Il medesimo ordine di ragioni elimina i dubbi e le controversie per la distinzione fatta dal prefetto di Bergamo, tra separazione di aree, nei cimiteri, facoltativa od obbligatoria. Conceduta, su domanda del paroco, quella separazione, per differenti culti, certamente non ne consegue che sia riconosciuta o consentita al paroco la facoltà d'imporre o chiedere che un' inumazione sia fatta in un'area piuttosto che in un'altra. Il paroco, come già fu anche deciso dalla superiore magistratura (Cass. di

---

(1-2) Cfr. MAZZOCCOLO, *La nuova legge com. e prov.*, pagine 327, 467.

Roma 24 nov. 1886), non può impartire ordini intorno ai seppellimenti di cadaveri; e quella larga interpretazione della legge e dei regolamenti che, ammettendo la distinzione di riparti in un cimitero, è ispirata a concetti di tolleranza e di opportunità pratica, « pro bono pacis », non può essere volta a fini opposti, di inclusioni ed esclusioni per motivi di intransigenza confessionale o simigliante. Il cimitero, sacro alla religione della pietà, resta sempre un'istituzione civile, a carico di tutti i contribuenti nell'interesse indistinto e uguale di tutti i cittadini, sotto la direzione esclusiva e la speciale tutela dell'autorità civile.

Per quel che dice e dispone, la deliberazione 17 luglio 1900 del Consiglio comunale di Brembate di Sotto, non contrasta a codeste massime, fondate sul diritto vigente.

La Sezione quindi, con queste considerazioni e riserve, opina potersi dare legale efficacia alla suddetta deliberazione, revocandosi il decreto del prefetto che la annullava.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

I LIMITI DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ

INTRODUZIONE.

Giustificare i varii limiti che vanno imposti ad uno dei più sacri diritti dell'individuo, la proprietà privata io voglio dire: ecco lo scopo del presente lavoro.

Filosofi del diritto ed illustri cultori del giure civile hanno scritto su questo importantissimo argomento e, nella prima metà del secolo che è tramontato, due forti filosofi, onore e vanto dell'Italia nostra, Gian Domenico Romagnosi ed Antonio Rosmini, hanno giustificato pienamente i limiti a cui è necessario vada soggetta la proprietà privata.

Nell'odierno regime della proprietà il sistema delle limitazioni legali a cui essa trovasi subordinata è parte rilevante perchè, nota Ferdinando Bianchi, « in quel sistema spiegano la loro influenza e si collegano fra loro principii di diritto pubblico e di diritto privato; e vi trova campo di applicazione uno dei più ardui problemi che la scienza giuridica cerca di risolvere, quello di stabilire un equo contemperamento fra la ragione industriale e le ragioni sociali » (1).

E sebbene nella scienza si trovino oramai accolti senza contrasto i principii per cui va temperata la proprietà privata e le moderne legislazioni civili, generalmente, ad essi in diversa misura, s'inspirino, a me non è parsa opera vana la trattazione di questo argomento, specialmente perchè esso è intimamente legato alla questione stessa della proprietà che oggidì ancora, e più vivamente che mai, preoccupa e divide i cultori delle scienze economiche e filosofiche, i quali cercano di risolvere un problema per quanto importante altrettanto difficile, se cioè risponda meglio a ragione ed all'utilità sociale l'ordinamento della proprietà individuale o quello del regime dei beni collettivi.

Ed io credo che per poter studiare a fondo, dal lato filosofico, il sistema dei limiti del diritto di proprietà, si debba risalire per un momento più in alto, accennare alle diverse scuole che si contendono il campo nell'ordinamento della proprietà, esaminarne i principii e rispondere alla grave domanda che filosofi, giuristi ed economisti si fanno intorno ai confini dell'ingerenza

(1) FERD. BIANCHI, *Le serv. leg. nel cod. civ. ital.* (Introd.).

dello Stato nell'ordinamento della proprietà privata, per così poter vedere se vi sia o no differenza fra le aspirazioni del comunismo e del socialismo e la dottrina dei temperamenti della proprietà privata.

E questa la prima indagine che intendo fare nel presente studio.

E stimo opportuno anche tener parola dei limiti della proprietà nella storia del diritto prima di venire all'assunto principale che intendo dimostrare, il fondamento razionale, cioè, di tai limiti, sul quale io mi tratterrò lungamente giovandomi delle opere che su tale argomento hanno scritto i più illustri filosofi e giuristi antichi e moderni.

In fine non potrò non fermarmi sul nostro codice civile, *la più grande opera sorta dall'afflato vivificatore della civiltà moderna* (1), il quale in questa materia ha splendidamente recati in atto i principii propugnati da secoli, ciò che gli ha fatto riconoscere da filosofi e giuristi stranieri un'incontestabile superiorità su tutte le altre legislazioni civili d'Europa.

Ed oltre che al codice civile io darò un rapido sguardo anche alle *leggi speciali* che pure modificano il diritto della proprietà individuale per l'utilità sociale.

La via che intendo percorrere, lo riconosco, è lunga e difficile.

Il lungo studio, però, e il grande amore che ho messo intorno al tema prescelto mi danno coraggio e, fiducioso, mi fanno accingere alla difficile opera.

CAPITOLO I.

Il diritto di proprietà.

Il diritto che l'uomo ha di godere assolutamente ed esclusivamente i beni è fondato sull'esistenza di lui imperocchè, per poter esistere, egli ha bisogno di esercitare le sue forze fisiche e morali, e questo esercizio si può realizzare solamente quando egli si mette in rapporto con ciò che lo circonda perchè allora, avendo gli oggetti esterni a sua disposizione, può soddisfare ai bisogni della vita fisica e morale.

« Il natural diritto della fisica conservazione e del morale perfezionamento », dice il Pepere, « non può essere raggiunto che col mezzo dei beni materiali. Di qui nasce il natural diritto di tutti gli uomini ad una proprietà » (2).

E siccome la vita è individuale, l'appartenenza dei beni dev'essere esclusiva, e perciò i rapporti cogli oggetti esterni capaci a soddisfare i bisogni dell'uomo non possono essere altro che rapporti di proprietà. Ecco come il concetto di proprietà

(1) Parole del Magliani nell'esame del libro di GIUSEPPE MANTELLINI, *Lo Stato e il cod. civ.* (*Nuova Antologia*, 1.° febbraio 1879).
(2) PEPERE, *Enc. e met. del dir.*, lib. II, cap. 3.°.

sorge dal concetto dell'uomo stesso e costituisce un diritto naturale come il diritto alla vita medesima.

Spencer nota che la tendenza e il bisogno della proprietà privata, il desiderio di appropriarsi degli oggetti del mondo esterno e il custodirli e il difenderli dopo l'appropriazione stessa, trova le sue più profonde radici non solo nella natura umana, ma anche nella natura puramente animale (1). E ciò che dice lo Spencer è una verità di fatto che s'impone all'osservatore e che non può essere negata. La quale per altro, sin dai suoi tempi e con mirabile intuizione, l'aveva rilevata Aristotele quando parlava della *ctesi naturale* che è appunto la spontanea attività procacciatrice, comune agli animali ed agli uomini, e diversa solamente nello sviluppo, poichè nei primi si arresta alla *detenzione fisica*, negli altri si eleva al *possesso intelligibile*.

« La proprietà », osserva l'Ahréns, « è il riflesso della personalità umana nel campo dei beni materiali. L'uomo essendo una persona individuale, un me, ha anche il DIRITTO di stabilire un rapporto personale, individuale con gli oggetti materiali, dicendo: questo è mio. Dalla personalità, dall'essere per sè emana l'avere per sè, o la proprietà individuale. Questa è anche la manifestazione ed in certo modo la proiezione della personalità umana nel campo materiale delle cose. La proprietà ha la sua ragion d'essere nella personalità » (2). E possiam dire sicuramente che la storia della proprietà è, in fondo, la storia della persona umana. Dove si è rispettata l'una si è rispettata l'altra, e dove il dominio si è violato si è violata la personalità e viceversa.

Non si deve però confondere il diritto *alla* proprietà col diritto *della* proprietà, come non deve confondersi la *potenza* con l'*atto*, la *facultas* con la *norma*. Rosmini dice: « Nel concetto di proprietà non si racchiude altro che l'unione, e se si vuol così, l'unificazione di una cosa con una persona, di maniera che la persona crede la cosa *sua*, a sè appartenente, un'appendice di sè medesima. Laonde qualora non s'avesse che un uomo solo al mondo, vi avrebbe tuttavia *proprietà*, perocchè sue sarebbero tutte quelle cose che egli si ponesse nell'animo di perpetuamente usufruire e godere. Ma *diritto di proprietà* ancora non vi sarebbe: poichè il diritto di proprietà involge oltracciò una relazione cogli altri uomini, consistente nell'obbligo morale da parte loro di rispettare la proprietà di colui che l'ha: la quale si eleva alla condizione di diritto solamente in quel tanto che tale obbligazione morale la suggella ed informa » (3).

Tutti gli uomini hanno in egual misura il diritto *alla* proprietà, avendo tutti gli stessi fini da compiere, ma non tutti hanno un egual diritto *di* proprietà, il quale si acquista mediante

(1) SPENCER, *Die Philosophie des Rechts*.
(2) AHRÉNS, *Dir. nat.* (Trad. di Marghieri) § 56.
(3) ROSMINI, *Fil. del dir.* §§ 922, 925, 926.

l'esplicamento della libertà individuale, e che non ha la stessa evoluzione in tutti gli uomini. Però, siccome è inerente alla natura stessa dell'uomo il diritto che egli ha *ad* una proprietà, parimenti deve dirsi naturale il diritto *di* proprietà. Infatti, è detto naturale il diritto che l'uomo ha *alla* proprietà, perchè egli ha diritto alla sussistenza ed al conseguimento dei fini a cui dalla Provvidenza fu destinato, ed egli non potrebbe vivere nè raggiungere quei fini se non congiungesse a sè con un doppio vincolo, fisico e intellettuale, le esterne cose. Ora, quando l'uomo, mediante l'occupazione ed il lavoro, converte il diritto astratto *alla* proprietà, che egli avea comune ai suoi simili, nel diritto concreto *di* proprietà non fa altro che esplicare in realtà il suo diritto naturale alla sussistenza ed al raggiungimento de' suoi fini creandosi così un diritto *di* proprietà anch'esso, quindi, naturale ed inviolabile perchè conseguenza di un diritto comune a tutti gli uomini, e generato da un fatto lecito e giusto: l'operosa attività dell'individuo.

Che il diritto di proprietà derivi dal diritto naturale fu però contestato da molti, i quali sostennero invece che esso era niente altro che una creazione della legge positiva.

Ma l'erroneità di tale opinione risulta chiara ed evidente. Rosmini, a tal proposito, scrive: « se non esisteva nè poteva esistere proprietà prima della società civile, nè pure i fondatori di questa da prima possedevano cosa alcuna. Come adunque potevano essi disporre e far leggi intono a ciò su cui essi stessi non aveano alcun diritto? quale arbitrio non sarebbe stato cotesto? » (1). E Bluntschli dice: « La proprietà *non è stata creata dallo Stato*. Nella sua prima forma, certo imperfetta, e ancora poco garentita è l'opera della vita individuale, quasi diremmo l'estensione dell'*esistenza corporale dell'individuo*. L'individuo acquista *possesso* delle cose che cadono sotto il suo dominio, se le rende soggette e utili e se l'appropria. Posciachè al possesso s'accoppia la coscienza dell'acquistato dominio della persona sulle cose, allora si genera la *proprietà* piena. Anche il nomade, il quale non è tenuto da nessun vincolo di Stato, ha tuttavia proprietà sulle sue vesti, sovra le sue armi, le sue capanne, i suoi attrezzi. Anche quel naufrago Robinson avea la sua proprietà sulla deserta isola » (2). Ed il Portalis, parlando della proprietà notava: « Le principe du droit (de propriété) est en nous: il est dans la constitution même de nôtre être et dans les differents rélations avec les objects que nous environent. C'est par nôtre industrie que nous existons, c'est par elle que nous avons rendu la terre plus habitable » (3).

Adunque gratuito e contradditorio deve ritenersi il principio che dalla legge positiva fa nascere la proprietà individuale, la

---

(1) ROSMINI, op. cit. § 333.
(2) BLUNTSCHLI, *Dir. pubbl. univ.*, vol. I, lib. II, cap. 26 (Trad. di G. Trono).
(3) PORTALIS, *Exposé des motifs du cod. civ.*

quale è essenzialmente inerente alla natura umana, mentre la legge positiva non la crea, ma fa solo quello che è in suo potere di fare, vale a dire riconoscerla, regolarne l'esercizio, tutelarla in tutti i modi. Ed una delle più importanti funzioni che lo Stato ha e che assolve per mezzo delle leggi è quella di regolare l'esercizio della proprietà individuale in modo che non torni a danno della collettività dei cittadini. Questa funzione del potere sociale, sanamente intesa, riconosce il diritto della proprietà individuale, perchè lo limita non già quanto all'essenza, ma quanto ai modi del suo esercizio in relazione al fine comune della società civile. Non così altre teorie che, per ammettere tale funzione del potere sociale, giungono a negare la proprietà individuale.

Le due scuole del comunismo e del socialismo sperano da secoli di poter ordinare la proprietà a seconda delle loro vedute, e negli ultimi anni hanno raddoppiato gli sforzi per raggiungere il trionfo dei loro ideali, i quali sono strenuamente sostenuti da scrittori dotti e valorosi.

Il comunismo nega assolutamente la proprietà privata. I seguaci di tale scuola affermano che la proprietà individuale è contraria al diritto perchè ammette la disuguaglianza fra gli esseri umani, laddove questi per natura loro sono essenzialmente eguali, e quindi, conchiudono, per ristabilire il diritto occorre dividere la proprietà egualmente fra gli uomini, e perciò propugnano l'immediata abolizione della proprietà privata e la sostituzione ad essa di quella collettiva.

Ma, il principio da cui essi partono è falso. Il diritto di proprietà non nega il diritto di eguaglianza, imperocchè l'eguaglianza altro non è che il possesso dei diritti essenziali all'individuo. Quando a questi diritti, comuni a tutte le persone, si dà sviluppo, secondo la propria attività, se ne generano altri, i quali, appunto perchè derivati dai primi, son detti *acquisiti* e solo rispetto ad essi gli uomini sono ineguali. « E questa ineguaglianza », nota il Pepere, « è una logica conseguenza del principio di eguaglianza, il quale si ripone nel rispetto verso ciascun uomo del proprio essere e dello sviluppo delle sue potenze. Onde in Platone primamente si trova il concetto che la vera eguaglianza consiste nel trattare disugualmente gli esseri ineguali. Per la qual cosa due specie di eguaglianza debbono ammettersi: la naturale e la civile; la prima riferentesi ai diritti naturali degli uomini, rispetto ai quali sono tutti essenzialmente eguali, la seconda ai diritti acquisiti in ordine ai quali sono accidentalmente ineguali. L'eguaglianza adunque deriva da natura, e l'ineguaglianza dall'arte colla quale ciascun individuo lavora a crearsi dei diritti » (1).

I comunisti adunque, è evidente, confondono il diritto *alla* proprietà col diritto *di* proprietà. Ho innanzi dimostrato il di-

(1) Pepere, op. vol. lib. cap. cit.

vario che corre fra questi due diritti e non credo perciò necessaria altra dimostrazione per abbattere questo errore fondamentale della scuola comunista. Il diritto *alla* proprietà è senza dubbio eguale in tutti gli uomini, perchè tutti hanno la facoltà di potersi appropriare delle cose esterne, ma non può essere eguale in tutti il diritto *di* proprietà, il quale è l'espressione dell'attività e dell'operosità dell'uomo, è l'effetto della personalità individuale liberamente esplicantesi sugli oggetti esterni. Tutti gli uomini hanno la stessa *potenza* ad appropriarsi delle esterne cose, ma solo chi converte in *atto* quella potenza acquista il diritto di proprietà.

Io non posso trattenermi a lungo sull'esposizione delle teorie comuniste e sulla loro critica: uscirei dai confini del mio lavoro. Noto solo che il trionfo del comunismo si trarrebbe seco inevitabilmente la vita in comune, spegnerebbe ogni ardore per il lavoro, sarebbe la negazione di ogni progresso. Infatti l'uomo lavora assiduamente per assicurare la sussistenza alla sua famiglia, per migliorarne le condizioni; quando egli fosse sicuro che la sussistenza a sè ed ai suoi non potrebbe mancare e che le sue condizioni mai potrebbero migliorare lavorerebbe pochissimo e di mala voglia, e non sarebbe quindi la causa efficiente di tanti progressi che oggi vantiamo e di cui risentiamo ogni giorno gl'immensi vantaggi. Tolta la molla dell'interesse, unico stimolo al lavoro assiduo e costante rimarrebbe il dovere. E « non è bene », osserva Trendelenburg, « distaccare il lavoro da ciò che lo rende attraente e che è insito all'individuo ed alle sue individuali tendenze; egli è impossibile di saltare a piè pari, mercè un'ideale di eguaglianza e di fratellanza, la legge di natura che dà un impulso egoistico al lavoro; laddove bisogna piuttosto subordinare tale impulso allo scopo più elevato e conciliarlo con esso » (1).

E l'individuo non sarebbe stimolato al lavoro nemmeno dal pensare che, in fin dei conti, facendo il bene della comunità egli farebbe il bene proprio, perchè questo potrebbe dirsi quando la ripartizione dei beni si facesse in proporzione del lavoro: ma quale stimolo l'uomo può trovare quando, lavorando molto o poco, gli vien sempre la stessa parte nella ripartizione dei beni, e se ne avesse un vantaggio questo sarebbe da parte sua minimo e incalcolabile? Egli, adunque, allora solamente potrebbe contribuire al progresso sociale quando il solo dovere basterebbe a farlo lavorare con tutte le sue forze e con tutta l'energia. E sarebbe mai possibile questa perfezione nell'umana natura? Se noi giriamo, per un momento, intorno lo sguardo: se esaminiamo noi stessi, saremo costretti, senza farci illusioni, a conchiudere francamente che l'uomo com'è naturalmente, con le sue tendenze e con le sue passioni (che, certo, non potranno esser mai regolate abbastanza dai comunisti), non è possibile che possa giungere a tal grado di perfezione.

---

(1) TRENDELENBURG, *Dir. nat.*, § 158 (Trad. Modugno).

Un altro gravissimo danno, e non accenno se non i principali, che produrrebbe la teoria comunista divenuta realtà, sarebbe quello di fare aumentare eccessivamente la popolazione perchè l'uomo, essendo spinto naturalmente a riprodursi, quando avesse assicurati i mezzi di sussistenza non avrebbe quel freno a procreare che oggi gli è imposto dalla proprietà individuale e dalla domestica economia. E questo eccesso di popolazione sarebbe perniciosissimo, perchè non proporzionato ai mezzi di sussistenza.

« Il comunismo adunque », io conchiudo colle parole del Bluntschli, « è in contraddizione con la natura individuale dell'uomo, siccome Iddio lo ha creato, quando gli ha dato il dominio sui pesci del mare, sugli uccelli sotto il cielo e su tutta la terra. È pure in contraddizione con tutta la storia dell'umanità che in ogni tempo e presso ogni popolo ha riconosciuta la proprietà e nel suo svolgimento tende evidentemente con ogni sforzo a renderla il più possibilmente perfetta. L'abolizione della proprietà nel seno del comunismo sarebbe la negazione di ogni libertà individuale, una barbarie come nei più incolti Stati dell'umanità non si è mai data » (1).

Il socialismo non ammette un'eguale ripartizione dei beni, ma in effetti, se ben si guardi, si propone il fine stesso del comunismo: l'abolizione della proprietà individuale. Esso parte dal principio che la proprietà non è altro che una concessione dello Stato ed a questo, perciò, vorrebbe dare un potere illimitato sino a poter emettere provvedimenti tali che, attuati, la proprietà privata sarebbe lentamente assorbita.

La sola differenza fra comunismo e socialismo sta in ciò, che il primo dice chiaramente ciò che vuole, mentre il secondo mira allo stesso fine con diversi temperamenti e senza istantanei rivolgimenti sociali.

« Qualunque sia la forma che il socialismo abbia rivestito », scrive il d'Ippoliti, « qualunque sia il sistema nel quale si sia manifestato, esso può riassumersi in questo concetto sintetico, nella sostituzione, cioè, dell'interesse collettivo all'interesse individuale. I socialisti han creduto e credono ancora che l'individuo, il suo interesse debbano scomparire e che, in sua vece, debba affermarsi la persona sociale, l'interesse collettivo, il diritto della comunità. Essi negano la possibilità di una pacifica ed armonica coesistenza dell'uno e dell'altro diritto, scambiano il diritto individuale con l'egoismo e lo combattono coll'estremo opposto del collettivismo » (2).

Il socialismo non è di recente data, ma ha sempre cercato di raggiungere, direttamente o indirettamente, un unico scopo, quello di rendere lo Stato onnipotente, di farne il distributore di lavoro, colui che dovrà dividere il guadagno fra gl'individui

(1) Bluntschli, op. vol. lib. cap. cit.
(2) D'Ippoliti, *Corso di Ec. soc.*, vol. II, art. VII, § 4.

in proporzione di ciò che essi vi avranno contribuito o in capitali o in capacità o in lavoro.

« E però esso », anche qui mi piace conchiudere colle parole del Bluntschli, « disconosce la natura e la libertà individuale non meno che il comunismo, e poichè parte dal mero possesso derivato e passeggiero, ci offre una goffa caricatura del feudalismo medio-evale come compenso alla libera proprietà acquistataci da un'altissima civiltà. Ciò è simigliante, solo orpellato da frasi democratiche, alla teoria della servitù che nei più bui tempi della storia insegnò una turpe piacenteria ai despoti. Allo Stato non appartiene alcuno assoluto impero sulla proprietà privata, anzi questa, come un diritto privato, sta fuori la sfera del diritto pubblico. Lo Stato nè la crea, nè la conserva, molto meno può prenderla: egli la difende, come difende ogni diritto individuale » (1).

Uno dei più gravi inconvenienti del socialismo sarebbe questo: lo Stato non potrebbe amministrare il patrimonio collettivo nello stesso modo in cui oggi è amministrata la proprietà privata dall'interesse individuale, e quindi non potrebbe far produrre a quella i buoni frutti che oggi da questa ricava. Sappiamo per esperienza che i piccoli patrimonî sono assai meglio amministrati che i vasti, perchè l'amministrazione di questi è naturalmente più difficile, non potendosi su di essi avere quella costante, assidua, intensa e benefica sorveglianza che il proprietario esercita nell'interesse individuale. Ora come farebbe lo Stato ad amministrare *tutto* il suo patrimonio?

È questo, siccome ho detto, uno dei più gravi inconvenienti che nel campo dei beni collettivi non si potrebbe evitare per la natura stessa delle cose, ma non è il solo: molti altri ve ne sono ai quali io non posso nemmeno accennare senza uscire dai limiti modesti di questo studio.

La proprietà privata dev'essere sacra, come è sacra la personalità e la libertà dell'uomo, e non si può violare la prima senza violare profondamente anche la personalità. « Quando la proprietà è minacciata, disse bellamente Laveleye, la libertà è sempre sacrificata: come attesta la storia della Grecia antica, e la ragione è semplice: per viver liberi, bisogna per lo meno vivere » (2).

« Il fondamento e la legittimazione della proprietà privata », scrive Ferdinando Bianchi, « non deve cercarsi soltanto nella ragione individuale, nel rispetto alla personalità umana, in quanto la proprietà possa riguardarsi, giusta una vecchia frase, come *la libertà delle persone applicata alle cose*, ma deve cercarsi nella stessa ragione sociale, in quanto la proprietà privata più efficacemente giova ai veri interessi della collettività. La proprietà individuale deve mantenersi perchè assicurando collo stesso

---

(1) Bluntschli, op. vol. lib. cap. cit.
(2) Laveleye, *Revue des deux Mondes*, fevr. 1878.

interesse del proprietario la massima produzione della ricchezza è anche *socialmente utile* » (1).

E questa utilità sociale della privata proprietà, il Bianchi la rileva nel primo fenomeno della ricchezza non solo, ma anche nei rapporti famigliari per cui è indispensabile la proprietà privata, e nei rapporti economici, perchè essa è di guarentigia contro il pericolo dell'eccesso di popolazione.

Posto, adunque, come verità assoluta ed incontrastabile che la proprietà è un diritto dell'uomo individuo e di cui questi non può fare a meno, perchè sorge dalle sue facoltà naturali e dalle relazioni tra lui e le cose ai suoi usi destinate; posto che l'esercizio di questo diritto vuol essere regolato e tutelato mediante le leggi in ordine allo scopo della società civile, ci si presenta ora spontanea una domanda: giacchè è assolutamente necessario che lo Stato debba avere un'ingerenza nell'ordinamento della proprietà privata (ingerenza di cui mostrerò in seguito il principio razionale) quali ne devono essere i confini?

Se si guardi il diritto di proprietà, dal lato individuale, deve dirsi che lo Stato non ha da mirare ad altro che alla tutela della proprietà legittimamente acquistata. Se invece si consideri solo il fine politico della società che è quello di stabilire fra gli uomini la maggiore utilità, bisogna conchiudere coll'assegnare come fine dell'ingerenza sociale nell'ordinamento della proprietà privata l'utile comune e null'altro. Ma, amendue queste vedute sono monche, unilaterali, parziali, epperò difettose e conducenti a due opposti e falsi principî. Fra questi due estremi sta la vera dottrina, la quale armonizzando il diritto individuale di proprietà col fine del bene generale della società civile, assegna a questa una giusta ingerenza nel regolare l'esercizio di quel diritto in guisa che, senza distruggerne l'essenza, senza fargli perdere niente del suo carattere, lo contiene nei limiti stessi designati dall'indole e dagli uffizî essenziali della società, la quale se è vero che deve promuovere l'utilità di tutti è anche vero che deve mantenere sempre salda la giustizia, e questo fine è anzi superiore all'altro che gli dev'essere subordinato.

La libertà del proprietario ad usare e disporre della cosa sua non può contraddire l'utile sociale col quale è necessario che vada in armonia.

L'ingerenza dello Stato nell'ordinamento della proprietà individuale si può dir doppia: deve tendere a rimuovere quei vincoli e quelle limitazioni che sono arbitrarie e che per lo passato tennero avvinta in ceppi la proprietà, e deve poi garantire e rispettare la proprietà stessa, riconoscerla come istituzione inerente alla natura stessa dell'uomo, limitandola solo per quello che è richiesto dalle necessità sociali e che, in fondo, torna a vantaggio degl'individui stessi, costituendo quella che Romagnosi diceva: *individualità conversa*.

(1) BIANCHI, op. cit.

Il concetto vero della funzione limitatrice che lo Stato ha sta in ciò, che mentre implica e svolge il lato sociale nel dominio, non nega, ma conferma l'individuale.

Ecco i limiti nei quali deve contenersi l'ingerenza dello Stato nell'ordinamento della proprietà privata. Tutto ciò che è fuori di essi è arbitrario, è violazione del diritto perchè non ha fondamento nella legge naturale della socialità, e quindi offende il diritto di proprietà.

Ed ora, chiara appare, e meglio apparirà in seguito, la differenza che passa fra il comunismo ed il socialismo in ispecie, e la dottrina dei temperamenti della proprietà individuale.

Il socialismo considera lo Stato siccome la fonte di tutti i diritti, in esso vuole accentrare tutti i beni negando il diritto della proprietà individuale. La dottrina dei limiti della proprietà, invece, innanzi tutto vuol rispettato questo diritto, limitandolo solo in quanto della limitazione possa giovarsi la collettività, mentre l'apparente sacrifizio del proprietario trova un largo compenso nell'eguale reciprocanza altrui.

« La funzione economica dello Stato », dice il Lampertico, « non è perturbatrice o tirannica, ma bensì *coadiuvatrice* e complementare, non sostituisce alla libertà la tutela o alla proprietà il comunismo, ma bensì prepara quelle condizioni in cui la libertà e la proprietà si coordinano agl'interessi generali » (1).

Adunque lo Stato, secondo la sana teoria dei limiti della proprietà individuale, opera in rapporto a questa solo per fare nell'interesse generale ciò che l'individuo da sè non potrebbe. E da questa funzione che per tale teoria lo Stato ha, sino a quella per la quale ad esso spetta autorità sovrana su tutte le proprietà, evidentemente corre un abisso.

CAPITOLO II.

I limiti della proprietà nella storia del diritto.

Prima di dimostrare il fondamento razionale dei limiti imposti alla proprietà, io credo opportuno esaminarli nella storia del diritto.

L'esistenza di un istituto è principalmente giustificata dai principî razionali, ma se la storia giunge a dimostrare che di esso si è sentito bisogno in tutti i tempi e che in qualunque assetto legislativo è stato in pratica riconosciuto più o meno perfettamente, s'intende, e con diverse gradazioni, ciò dimostra che tale istituto è perfettissimo e, potrei dire, intimamente connesso alla natura umana.

Sulla giustizia del sistema dei limiti alla proprietà privata, oggi non v'ha chi pone dubbio, ma che qualche volta se ne sia potuto fare anche a meno, molti lo ammettono.

---

(1) LAMPERTICO, *Econ. dei pop. e degli Stati*, vol. *La proprietà* (Introd.).

Uno sguardo alla storia del diritto, quindi, ci farà vedere se è vera questa seconda affermazione. E qui è necessaria un'osservazione generale, che cioè le mie indagini non riguardano punto quei periodi primitivi delle istorie dei popoli nei quali la proprietà fu prima collettiva e poi famigliare, ed in cui pur si trovano numerosissime ed importanti limitazioni dovute appunto al carattere del condominio, ma riflettono esclusivamente la storia della proprietà diventata *privata*, perchè è in essa appunto che si rivelano i limiti stabiliti nell'interesse generale.

I. *Il Diritto romano.* — Se il diritto assoluto che imperava nella sfera famigliare all'epoca romana e che dava al *paterfamilias* diritti supremi sui figli, sulla moglie e sugli schiavi abbia dominato o meno anche nel diritto di proprietà, è una gravissima questione non ancora risoluta dai varî scrittori. Alcuni dei quali sostengono che il diritto di proprietà a Roma risentì di un assolutismo spinto al più alto segno e che l'interesse individuale mai cedeva innanzi all'interesse pubblico; altri invece propugnano una tesi interamente opposta, affermando non essere state ignote alla proprietà romana numerose limitazioni.

Ahréns scriveva: « Il popolo romano forma l'ultimo grado nello sviluppo dell'umanità cominciando dal potere religioso e terminando col concentrare ogni scopo, ogni potere nel *me* individuale, col portare l'egoismo al più alto segno sino a porsi, come hanno fatto alcuni Cesari, al posto della divinità. Il diritto di proprietà presso i romani presenta un carattere analogo ». (1), mentre il nostro Rosmini affermava che: « i romani giurisprudenti non concepivano il diritto di proprietà come una facoltà cruda che tutto può intorno la cosa appropriatasi, senza il menomo riguardo altrui; ma volevano quel diritto fondato in alcune relazioni morali verso gli altri uomini » (2). E scrittori moderni si sono occupati anch'essi della questione, oggetto di pazienti ed assidue ricerche. Non corrisponderebbe all'indole di questo studio il fermarsi soverchiamente sugli scritti di quei valorosi che l'una o l'altra opinione professano; a me basterà solamente accennarle ed esporre, in fine, modestamente la mia.

Il Laveleye nel suo notissimo libro: *La proprietà e le sue forme primitive*, sostiene che la proprietà romana era un potere puramente egoistico, la quale negò il lato sociale del dominio.

E parimenti il Lomonaco in una pregevolissima ad assai dotta memoria si schiera risolutamente a favore del più crudo assolutismo nell'ordinamento della proprietà romana desumendolo da quello che, in tale epoca, regnò sovrano nei diritti famigliari e giungendo sino a sostenere che lo stoicismo, il quale pur valse a temperare l'assolutismo famigliare, non potè fare lo stesso nell'ordinamento del diritto di proprietà in cui, anche nel pe-

(1) Ahréns, op. cit., vol. II, § 67.
(2) Rosmini, op. cit., § 936.

riodo più civile della giurisprudenza romana, imperò sempre l'assolutismo più rigoroso (1).

Il Bianchi, invece, non crede che i giureconsulti romani abbiano concepita la proprietà privata siccome un diritto assolutamente ed egoisticamente illimitato. La proprietà romana, secondo lui, è regolata da una larga sì, ma non assoluta indipendenza e padronanza del privato possessore (2).

Il Jhering ha notato che l'*egoismo* dominò principalmente nell'ordinamento della proprietà romana non già, però, sino a negare che un qualche temperamento avesse ricevuto nelle applicazioni (3).

Il Girard opina che il diritto di proprietà a Roma ricevette restrizioni anche nell'epoca più remota (4).

L'Abignente ritiene che se nell'epoca primitiva, e per ragioni più religiose che civili, il diritto di proprietà presso i romani fu concepito come intangibile ed assoluto, a misura che i vincoli sociali si moltiplicavano si sentì il bisogno di moderare l'assolutismo rigoroso ed insofferente quanto ai diritti dominicali, e conchiude che anche nelle XII Tavole non si trova elemento di sorta che faccia neppur sospettare il concetto di un diritto di proprietà indefinito, ed invece se pur qualche cosa in quell'antico diritto si rinviene, ci rivela l'inizio delle limitazioni al diritto pubblico e privato insieme (5).

Il Lusignani recentemente ha dimostrato che nel diritto classico romano non è a parlare di restrizioni vere e proprie della proprietà, le quali sorsero solo più tardi, sviluppandosi, come ogni altro istituto di diritto, gradatamente (6).

A me pare non potersi affermare recisamente che la proprietà a Roma sia stata regolata da un assolutismo ed egoismo illimitato, e credo che quel sistema dei temperamenti della proprietà privata in ordine al fine sociale, sistema che oggi può dirsi giunto all'apice della perfezione, nelle fonti ha dovuto trovare il suo primo germe, sia pure assai imprecisamente. E questo criterio io non lo desumo già, e potrei farlo, dallo spirito informante tutta la legislazione romana, perch'esso non mi parrebbe base sufficiente, ma lo ricavo dai fatti, dalle disposizioni stesse delle fonti, nelle quali se si trovano alcuni testi che par che accennino ad un assoluto, illimitato potere del proprietario, vi ha pure una serie numerosa d'istituti che attuano e sviluppano la funzione limitatrice dello Stato rispetto alla proprietà privata. Il Filomusi Guelfi felicemente osserva che se è il diritto romano che ci presenta la massima: *quisquis est rei suae moderator et*

---

(1) LOMONACO, *I temp. della propr. pred.* (Memoria premiata alla R. Acc. di Sc. mor. e pol. di Napoli nel concorso del 1881).
(2) BIANCHI, op. cit.
(3) JHERING, *Espr. du dr. rom.*, II, § 24.
(4) GIRARD, *Dr. rom.*
(5) ABIGNENTE, *La proprietà del sottosuolo*, I.
(6) LUSIGNANI, *Le limit. della propr. nel dir. rom.*, nel *Filangieri*, anno XXIII, n. 7 ed 8.

arbiter, è pure lo stesso diritto che ci offre l'altro principio: *interest reipublicae ne quis re sua male utatur* (1).

Si noti però che i limiti sanciti nelle fonti sono di due specie: alcuni (e sono la maggior parte) imposti dalla natura stessa delle cose, altri invece devono considerarsi siccome veri e propri limiti dalla legge imposti nell'interesse sociale.

Sono evidentemente della prima specie:

1.° l'obbligo che il proprietario del fondo inferiore ha di ricevere le acque che in questo scorrano *naturalmente* dal fondo superiore, quantunque gli rechino danno, ma che non potrebbero versarsi altrove (2);

2.° l'obbligo che ha il proprietario di un fondo *in riva* ad un fiume pubblico di lasciarvi fare tutte le opere richieste nell'interesse del commercio (3);

3.° l'obbligo che hanno i proprietarî dei fondi *limitrofi* ad una via disfatta o resa impraticabile dall'impeto del fiume di concedere il passaggio pei loro fondi sinchè la via non sia rifatta o resa praticabile (4);

4.° l'obbligo di concedere, contro equo compenso, il passaggio pel proprio fondo al proprietario del sepolcro *quando non vi sia altra strada che conduca ad esso* (5). Questa regola, nota il Doveri, fu dalla giurisprudenza estesa e venne stabilito che ogni proprietario è obbligato a permettere il passo pel suo fondo a chi *non avrebbe altrimenti accesso* al proprio (6);

5.° l'obbligo di permettere al *vicino* l'accesso nel proprio fondo per raccogliere *tertio quoque die* i frutti in esso caduti (7);

6.° l'obbligo che ha il proprietario di un fondo vuoto di edifizî di sopportare l'estendersi dei rami dell'albero del *vicino* 15 piedi da terra (8);

7.° l'obbligo di chi imprende una nuova opera (*opus novum*) di desistere dalla medesima, quando da essa il vicino può temere un pregiudizio (9);

8.° l'obbligo, già stabilito da Nerone (10) e ripetuto poi da Antonino Pio in apposito rescritto (11), di lasciare una certa di stanza nelle costruzioni *tra un fondo ed un altro*, la quale è di due piedi e mezzo quando separa due edifizî (*ambitus, intercapedo*) e di cinque piedi (*quinque pedes*) quando separa due fondi coltivati (12);

---

(1) FILOMUSI-GUELFI, *Enc. giur.*
(2) Fr. 1, 2 Dig. lib. XXXIX, tit. III (*de aqua et aquae pl. arc.*).
(3) § 4 *Ist.* lib. II, tit. I (*de rer. divis.*).
(4) Fr. 14, § 1 Dig. lib. VIII, tit. VI (*quam. serv. amitt.*).
(5) Fr. 12 pr. Dig. lib. XI, tit. VII (*de relig. etc.*).
(6) DOVERI, *Ist. di dir. rom.*, vol. I.
(7) Fr. 1 Dig. lib. XLVIII, tit. XXVII (*de gl. leg.*).
(8) Fr. 1, §§ 7, 8 Dig. lib. XLII, tit. XXVIII (*de arb. caed.*). Confr. Cod. cost. 1, lib. VIII, tit. I (*de interdictis*).
(9) Fr. 5, § 7 Dig. lib. XXXIV, tit. 1.
(10) TAC., *Ann.*, XV, 43.
(11) Fr. 14 Dig. lib. VIII, tit. V (*si serv. vind.*). Confr. fr. 1, §§ 1 e 2; fr. 2 Dig. lib. XXXIX, tit. III (*de aqua et aquae pluv. arc.*).
(12) Fr. 13 Dig. lib. X, tit. I (*de fin. reg.*).

9.° l'obbligo di ricevere dal fondo del *vicino* il fumo necessario ai bisogni della vita (1);

10.° il divieto d'innalzare un edificio di fronte a quello del *vicino* ad una distanza minore di 12 piedi, se l'edifizio innanzi al quale fabbrica è privato e di 15 se è pubblico (2);

11.° il divieto, evidentemente stabilito anche nell'interesse del *vicino*, di oltrepassare nella costruzione degli edificî un'altezza determinata, fermato prima da Augusto (3) (70 piedi), e rinnovato poi da Nerone (4), da Traiano (5), da Zenone il quale stabilì l'altezza di 100 piedi, e la disposizione fu confermata da Giustiniano (6);

12.° il divieto di appoggiare al muro del *vicino* un letamaio in guisa da cagionarne l'umidità o da produrre lo stesso effetto coll'uso continuo del bagno o col lavare ripetutamente il pavimento (7);

13.° il divieto di fare sul proprio fondo scavi che pongano in pericolo l'edifizio del *vicino* con indebolirne le fondamenta (8);

14.° il divieto d'impedire una corrente d'aria all'area del *vicino* destinata alla cultura del grano (9);

15.° il divieto di erigere alcuna opera per la quale venga mutato il corso delle acque a pregiudizio del *fondo inferiore* (10);

16.° il divieto d'innalzare la casa ereditaria in modo da toglier luce alle finestre del *vicino*, ecc. (11).

Oltre questi limiti imposti alla proprietà privata e che sono, come ho detto innanzi, giustificati dalla natura stessa delle cose, oltre questi limiti che dirò necessarî ed imprescindibili, altri ne troviamo stabiliti nelle fonti, i quali non possono essere altrimenti giustificati se non col principio di garantire con essi, almeno in parte, l'interesse pubblico.

E questi limiti si possono suddividere in due categorie:

a) limiti imposti per considerazione ai diritti, alla moralità, agl'interessi solidali della famiglia.

La legge delle XII Tavole, dichiarando: *paterfamilias uti legasset super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*, accordava al capo della famiglia un potere illimitato di disporre delle cose sue, ma in seguito questo potere venne frenato e il diritto del *paterfamilias* andò soggetto a varie restrizioni. E sono infatti veri e proprî limiti stabiliti nell'interesse della moralità e della famiglia:

---

(1) Fr. 8, § 5 Dig. lib. VIII, lib. V (*si serv. vind.*). Confr. fr. 1, §§ 1 e 2; fr. 2, lib. XXXIX, tit. 3 (*de aqua et aquae, etc.*).
(2) Cost. 9, 11, 12, § 2 Cod. lib. VIII, tit. X. Confr. 46 cod. Theod. 151.
(3) Strab., *Geog.*, V, 37; Svet, *Oct.*, 89.
(4) Tac., *Ann.*, I, 14.
(5) *Aur. vict. Epith. vitae Traiani*, cap. 13.
(6) Cost. 12 Cod. lib. VIII, tit. 10 (*de aed. priv.*).
(7) Fr. 17, § 2 Dig. lib. VIII, tit. V (*si serv. vind.*).
(8) Fr. 24, § 2 Dig. lib. XXXIX, tit. II (*de damno inf., etc.*).
(9) Cost. 1, 4, § 1 Cod. lib. III, tit. XXXIV (*de serv.*).
(10) Fr. 8, § 5 Dig. lib. VIII, tit. V (*si serv. vind.*) Confr. fr. 1, §§ 1 e 2 e fr. 2 Dig. libr. XXXIX, tit. III (*de aqua et aquae pl. arc.*).
(11) Fr. 30 Dig. lib. VII, tit. 1 (*de usufr., etc.*).

1.° il dovere di lasciare la porzione legittima ai discendenti (1) e agli ascendenti (2);

2.° il divieto imposto ai pupilli, salvo poche eccezioni, d'intraprendere alcun negozio civile senza l'assistenza del tutore o del curatore (3);

b) limiti imposti alla proprietà privata per l'interesse e l'utilità generale. Tali sono:

1.° l'obbligo che il padre o, in mancanza di lui, l'avo paterno (4) ed in via eccezionale e per ragioni gravissime, la madre (5) o il seduttore di una vergine (6), avevano di costituire rispettivamente alla figlia o alla fanciulla sedotta, la dote, la quale a Roma fu considerata come un'istituzione di grande utilità e d'interesse generale perchè mirava a facilitare i matrimonî, i quali la legislazione romana ebbe sempre cura di favorire e moltiplicare (7);

2.° l'obbligo che ha il proprietario di un fondo, nel quale si trovino cose altrui, di permettere che le persone cui appartengono ve le raccolgano, salvo a poter reclamare un *ius retentionis* sulle medesime, se per la loro caduta soffrì danno, sino a che non sia risarcito del danno recatogli (8);

3.° l'obbligo di permettere le escavazioni a chi primo scava metalli o cave di marmo, purchè non danneggi la superficie e corrisponda al proprietario un decimo del guadagno e un altro decimo al fisco (9);

4.° il divieto di cangiare la destinazione del sepolcro (10);

5.° il divieto pur stabilito dalle leggi delle XII Tavole di adoperare i proprî materiali già impiegati nella costruzione di edificî o vigne altrui, salvo il diritto al rifacimento del doppio del loro valore: *ne vel aedificia sub hoc pretextu diruantur vel vinearum cultura turbetur* (11);

6.° il divieto di vendere la propria casa per oggetto di speculare o di demolirla per trarne prezzo maggiore o per venderne i materiali: *ne publicus deformetur adspectus* (12), ed il Girard, fondandosi sulle disposizioni del codice, opina che dovesse es-

---

(1) *Inst.* § 5, lib. II, tit. XIII (*de hered.*). Confr. § 1, lib. II, tit. XII (*de inoff. test.*); fr. 6, § 1 Dig. lib. VI, tit. II (*de inoff. test.*); fr. 29, § 1 eod. lib. ac tit.; fr. 28, § 2 Dig lib. XVIII, tit. II (*de lib. et postl.*), *Nov.* 115, cap. 3.

(2) *Inst.* § 1, lib. II, tit. XVIII (*de inoff. test.*). Confr. fr. 1 Dig. lib. V, tit. II (*de inoff. test.*); fr. 15 Dig. eod. lib. ac tit.

(3) *Inst. pr.* lib. I, tit. XXI (*de auct. tut.*).

(4) Fr. 19 Dig. lib. XXIII, tit. II (*de reb. nupt.*). Confr. fr. 6 Dig. lib. XXXVII, tit. VI (*de coll.*), cost. 7, lib. V, tit. XI (*de dote promiss.*).

(5) Cost. 14 Cod. lib. V, tit. XII (*de iure dot.*). Confr. cost. 19, § 1 Cod. lib. 1, tit. V (*de hered.*).

(6) Cap. IX, lib. V, tit. XVI (*de adult.*)

(7) Fr. 2 Dig. lib. XXII, tit. III (*de iure dot.*); fr. 1 Dig. lib. XXIV, tit. III, (*sol. matr.*).

(8) Fr. 9, Dig. lib. XXXIX, tit. II (*de damno inf.*). Confronta WINDSCHEID (Traduzione di Fadda e Bensa, § 169).

(9) Cost. 6 Cod. lib. IX, tit. II (*de metall.*).

(10) Fr. 1, § 1, Dig. lib. XI, tit. VII (*de relig., etc.*).

(11) Fr. 7 Dig. lib. XLVII, tit. III (*de tig. iunct.*).

(12) Fr. 3 Dig. lib. XVIII, tit. I (*de contrah. empt.*). Confr. fr. 48 Dig. lib. XLVII. tit. III (*de tig. iunct.*).

servi nelle città un regolamento il quale obbligasse i proprietarî a costruire le loro case, secondo un certo tipo (1); ed appunto in base alle disposizioni del codice Giustinianeo io credo che anche nella ricostruzione delle case i proprietarii dovessero seguire norme fissate dalla legge, inspirate a ragioni edilizie e di pubblico interesse;

7.° il divieto stabilito sin dall'epoca delle XII Tavole di erigere roghi ed abbruciar cadaveri, se non ad una certa distanza dalle case (2);

8.° il divieto di alienazione delle cose litigiose, delle cose immobili comprese nella dote e nel patrimonio per causa di matrimonio, delle cose del *peculium adventicium* per parte del figlio senza il consenso del padre, delle cose legate, delle cose del patrimonio pupillare per parte del tutore senza il consenso dell'autorità tutoria superiore e delle cose immobili delle chiese e delle pie fondazioni per parte dei loro amministratori (3), delle cose del *peculium adventicium* per parte del padre, e delle cose del *lucrum nuptiale* per parte del *parens binubus;*

9.° finalmente l'espropriazione per causa di utilità pubblica, che oramai è quasi generalmente ritenuta non ignota al diritto romano. Una costituzione di Giustiniano, infatti, stabiliva: « Permittimus imperatori ut si quaedam in commune utilius et ad reipublicae utilitatem spectans necessitas adsit, quaeque possessionem eiusdem rei immobilis, qualem proposuimus eam a sanctissimis ecclesiis reliquisque sacris domibus et collegiis illi accipere liceat, etc. » (4). E già una costituzione di Teodosio (5) conteneva una disposizione generale in tale materia che si desumesse, cioè, del valore dell'edifizio da sacrificare la competenza a decretarne la demolizione. Una costituzione di Onorio (398) prescriveva che si demolissero gli edificî ed altre opere aderenti alle mura della città e da cui potesse temersi incendio o che rendevano anguste le piazze o i portici (6). E mentre, siccome abbiam visto, non era lecito ad alcuno di demolire la propria casa per venderne i materiali o gli ornamenti, si faceva eccezione a tal divieto nel caso che si destinassero i marmi o le colonne ad un'opera pubblica. E finalmente le disposizioni che si leggono nel titolo *de operibus publicis* del codice Teodosiano (7), e le meravigliose e colossali opere pubbliche di quell'epoca, tuttora ammirate, attestano abbastanza che il diritto del principe di espropriare era riconosciuto e continuamente applicato. Anche lo Schupfer non dubita che l'espropriazione fosse nota ai Romani e ne fa coinci-

(1) GIRARD, op. cit.
(2) LUSIGNANI, Monografia, cit. nel *Filangieri*, n. 7.
(3) *Nov.* 7, 120.
(4) *Nov.* 7, cap. II, 1.
(5) Cod. III, 12.
(6) Cost. 14, Cod. lib. VIII, tit. XII (*de operib. pubbl.*).
(7) Confr. specialmente Cost. 30, 51, 53, lib. XV, tit. I (*de operib. pubbl.*) e Cost. lib. XV, tit. 12 (*de aquaed.*).

dere le origini col periodo delle lotte agrarie. « La prima volta, egli dice, che ci abbattiamo in una proposta di comperare terre private allo scopo di farne delle assegnazioni è nella rogazione agraria di L. Apuleio Saturnino, ma non si parlava ancora di coazione. Soltanto al tempo di Silla il grande rispetto per la proprietà privata poteva dirsi già vinto: la ragione di Stato giustificava qualunque usurpazione; e l'idea della espropriazione poteva presentarsi come il minore dei mali. Così essa fece il suo ingresso nella storia e in seguito si estese sempre più. Che se dapprima era stata necessaria una legge o almeno un senatoconsulto, o un rescritto del principe per ogni singolo caso di espropriazione, più tardi troviamo delle decisioni sempre più generali » (1).

Non son molti, in verità, i limiti imposti alla proprietà privata nell'interesse collettivo, ma è certo che esistono, ed a me pare che ciò sia la migliore conferma dell'opinione sostenuta dall'Ihering, il quale definì il sistema della proprietà privata romana, siccome quello dell'*egoismo disciplinato.*

Dall'esame delle disposizioni del diritto romano relative alla materia di cui ci occupiamo io traggo due conseguenze:

1.ª Non mi pare esatto escludere dalla legislazione romana ogni idea di limite alla proprietà, quando le fonti ce ne danno la prova più luminosa.

2.ª Questi limiti, però, non devono essere considerati alla rinfusa a favore dell'opinione che afferma non essere state ignote al diritto romano gravissime limitazioni. Per essere esatti a me pare sia indispensabile il distinguere i limiti richiesti dalla natura stessa delle cose, e che perciò non possono dirsi veramente tali, poichè per essi potremmo dire con Virgilio: « *Has leges, aeternaque foedera certis imposuit Natura locis* », dagli altri, veri e proprî, imposti nell'interesse collettivo.

Se l'esame delle disposizioni delle fonti a tal proposito ci farà convincere dell'esistenza dei limiti della proprietà nel diritto romano, d'altro canto l'accennata distinzione ci farà riconoscere che essi erano assai imperfetti, e non sono che un primo, pallidissimo germe del sistema dei limiti che devono essere imposti alla proprietà privata nell'interesse generale.

II. *Il Diritto intermedio.* — Nei primi tempi dell'evo medio i barbari modellarono le loro leggi sul diritto romano, e per logica conseguenza deve perciò ritenersi che anche in rapporto ai limiti del diritto di proprietà restassero in vigore quei pochi già riconosciuti a Roma. Solo più tardi le restrizioni apportate alla proprietà furono gravissime, numerose ed eccessive, e tali si mantennero per tutta l'epoca medioevale.

Già dal tempo dei Longobardi, infatti, il proprietario non era più libero nella *disposizione* e nel *godimento* dei beni.

Ed erano altrettanti limiti imposti alla *disposizione* dei beni

(1) SCHUPFER, *L'allodio*, n. 29.

e derivanti dall'antichissimo condominio domestico della proprietà avita (*communis facultas, consorcium*): il divieto fatto al padre di donare alcuni beni di quella proprietà ai figli naturali, e quindi tanto meno agli estranei, senza il consenso dei figli legittimi (1), o di alienarli e gravarli senza il consenso degli eredi, salvo quando vi era costretto dalla necessità e per gli alimenti (2), ed anche in tal caso doveva offrire la compra della terra all'erede più prossimo, e il divieto fatto al padre di alterare l'ordine della successione stabilito dalla legge e dalla consuetudine; solo più tardi cominciò a concedersi una certa libertà nelle disposizioni testamentarie e si procedette per questa via assai lentamente; il padre, dal canto suo, poteva impedire al figlio la donazione e la vendita della *substancia*, salvo quando fosse fatta a favore del figlio di questi (3), ed il figlio avea la facoltà di dare in pegno le cose del padre (4).

E il *godimento* stesso era limitato. Infatti era permesso il pascolo nell'altrui terra dopo la messe, quando cioè i campi fossero stati *aperti et vacantes* (5); la semenza sparsa nell'altrui terra apparteneva al proprietario di questa (6); era permesso di cogliere sino a tre grappoli di uva nella vigna altrui (7), ed i passanti potevano cogliere le frutta dai rami sporgenti sulla via (8). Le terre che non andavano soggette a tai limiti erano quelle costituite *sub emunitatis nomine* dal re, al quale solo spettava tale facoltà come il custode e il depositario dei pubblici interessi e che egli fosse tale era una conseguenza necessaria dell'antica comunione. « La proprietà privata, nota Schupfer, si era sprigionata un po' alla volta dall'antica proprietà collettiva, ma restò il diritto superiore dello Stato e del re, come depositario della potestà pubblica » (9). Quando un fondo godeva l'*emunitas* nessuno poteva entrare in esso per esercitarvi il diritto di pascolo o quello di far caccia o legna senza il permesso esplicito del proprietario. E sin dai tempi dei Longobardi troviamo certe forme rudimentali d'espropriazioni senza compenso, poi col compenso.

Paolo Diacono, infatti, narra di molti schiavi resi liberi dal principe e per accrescere le fila dei combattenti o nel caso che avessero preso parte alle battaglie. E Rotari stesso contempla un caso speciale di espropriazione e stabilisce che quando una schiava è stata venduta ad un tale da chi non ne abbia il dominio,

(1) Edict. ROTH., 155.

(2) ROTARI, infatti, così si esprime: « *Et si talis ei evenerit necessitas ut terra... cum mancipia... vindere... debeat* » (173), trovandosi di accordo con una disposizione sassone: *Nulli liceat traditionem hereditatis facere... nisi forte famis necessitate coactus* (*Lex Saxon*, 62, 64) e con una legge dei Burgundi: « *Hoc etiam interdictum ut quisque habens alibi terram vendendi necessitatem habet* » (*Lex Burg.*, LXXXIV, 2).

(3) Edict. ROTH., 170.

(4) Ibid., 170.

(5) Ibid., 358.

(6) Ibid., 354.

(7) Ibid., 296.

(8) Ibid., 300.

(9) SCHUPFER, op. cit., n. 28.

il vero proprietario può rivendicarla, e se nel frattempo dalla schiava siano nati figli, questi apparterranno al compratore, ma il venditore è tenuto ad acquistarli a sue spese per consegnarli al vero proprietario, perchè i figli seguono la madre: *quatenus filii matrem sequantur* (1).

Col volgere dei tempi crebbero le limitazioni alla proprietà che troviamo pur numerose durante la dominazione franca, ed in cui le più notevoli si possono ricercare nella *regalia*, cioè nel diritto ideale, eminente, che il principe aveva su tutto il suolo, in virtù del quale il sovrano era ritenuto proprietario di tutte le terre abbandonate o *nullius* e di quelle comuni. Questo concetto di regalia, pur essendo di origine germanica, si sviluppò a preferenza presso i Franchi, ed esso, nota il Salvioli, « fu il punto di partenza delle regalie del diritto di caccia e di pesca, delle secolarizzazioni dei beni ecclesiastici sui quali competeva al re un diritto eminente, delle espropriazioni di terre fatte in *utilitatem regis* senza compenso, delle assegnazioni di diritti di pascolo e di caccia, e degli stessi diritti di proprietà che il re faceva a terzi sopra terre che non erano del fisco, ma appartenevano a chiese o a privati, delle autorizzazioni che concedeva ad estranei di essere compartecipi dei vantaggi dei commarcani, ecc. » (2).

Ed anche la *disposizione* dei beni continuò ad essere limitata. Sussiste ancora, infatti, il divieto di vendita e di donazione di essi senza il consenso dei figli o prima di averli divisi con questi; limitazioni che troviamo pure nel diritto dei Sassoni, degli Alamanni, dei Visigoti, dei Baiuvari, dei Burgundii (3).

Un'altra notevole limitazione imposta alla proprietà durante la dominazione franca la troviamo nella *oblatio* e nella *commendatio*. I liberi uomini, cioè quelli che non erano *milites*, non erano sicuri nelle persone, nè tutelati nei beni se non si *commendavano* nelle mani dei patroni secolari od ecclesiastici, *offrendo* loro le terre allodiali e promettendo tributi.

Nè manca l'istituto della espropriazione in tale epoca, anzi lo troviamo ammesso per arbitrio di principi anche in confronto dei beni della Chiesa, giustificandosi col principio delle necessità dello Stato.

Il sistema feudale che « s'inizia », siccome nota il Pepere, « nell'Italia superiore e nella media sotto il dominio dei Franchi e seguita nell'Italia meridionale dov'è portato dai Normanni » (4), ebbe per effetto di far attribuire al sovrano ed ai principi minori un dominio eminente sul territorio dello Stato, del qual dominio si dicevano da Dio stesso investiti e che non era stabilito a vantaggio della collettività dei cittadini, anzi a discapito di questa. L'allodio andò a poco a poco perdendosi e si stabilì, in vece sua,

---

(1) SCHUPFER op. cit., n. 131.
(2) SALVIOLI, *Storia del dir. ital.*, parte IV, cap. XXV.
(3) Vedi in SCHUPFER, op. cit, n. 34.
(4) PEPERE, *Storia del dir. ital.* (ediz. lit.), parte I, cap. XVII.

il feudo, il censo. E nell'epoca feudale le limitazioni imposte alla proprietà privata furono enormi, ed era naturale che doveva essere così dal momento che il principe si considerava come il dispensatore della proprietà e della libertà dei cittadini (1).

Il re, infatti, aveva facoltà di porre in *bannum* le foreste comuni, cioè poteva convertirle al suo dominio, ed insieme ai grandi esercitare su quelle e sulle terre altrui, la caccia. E quanto più si estendeva il feudo, altrettanto crescevano i territorî soggetti al diritto di caccia dei signori.

Il re, e per lui i principi minori, aveano la privativa di scavare per conto proprio, o di fittare ad altri l'escavazione nei fondi pubblici e nei privati le miniere d'oro e d'argento (i soli metalli che si consideravano degni della maestà regia) e delle saline, ed al re spettavano ancora tutti i diritti sulle acque, diritti che in seguito passarono ai signori, laici od ecclesiastici, e poi alle città restandone al sovrano l'alta signoria ideale.

Pel carattere stesso del feudo, del quale era condizione necessaria la prestazione del servizio militare, ne era vietato alle donne l'acquisto e la successione; e quando un feudo poteva esser dato in dote era inibito di trasportarlo fuori il territorio dello Stato.

Sorti e cresciuti in breve a grande potenza i Comuni italiani, non può dirsi che fossero scomparse tutte quelle restrizioni da cui era avvinta la proprietà.

Infatti, troviamo nel diritto statutario, l'esistenza del diritto di martellatura senza compenso al proprietario per gli alberi di alto fusto che occorressero allo Stato (2). Il Comune dominante avea il diritto di ipotecare le terre del Comune dipendente o dei privati dei quali poteva anche fittare le terre incolte e dai governi furono presi minuziosissimi provvedimenti relativi alle culture dei campi, ai tempi dei raccolti, ecc., sia per favorire il benessere e gl'interessi cittadini e le industrie nascenti, sia per impedire le esportazioni e le importazioni innumerevoli. E troviamo stabilito appunto nell'interesse dell'agricoltura e delle industrie l'acquedotto coattivo, e si dette a chiunque facoltà di derivare acqua dai fiumi obbligandosi i proprietari a dar passaggio alle acque altrui nei propri fondi, mediante un indennizzo diversamente stabilito dagli Statuti. E, per non dir delle altre, le più importanti limitazioni che troviamo sancite nel diritto statutario sono costituite certamente dall'istituto del *retratto*, stabilito nell'interesse della famiglia e dei vicini e dall'*espropriazione* che interessa la collettività dei cittadini.

Il *retratto*, già esistente nel diritto longobardico quale logica conseguenza del divieto d'alienazione, riproduzione dell' antico *jus prothomiseos*, e riconosciuto pure dal diritto feudale, il quale preferisce l'*agnato* al *dominus feudi* (3), si perfeziona all'epoca

(1) Laboulaye, *Hist. du dr. de propr. fonc. en Occid.*
(2) Venezia 1470, Firenze 1534, Piemonte 1653.
(3) L. Feud., 11-9 § 1: « *In prohibendo autem vel redimendo (feudum) potior erat roximi agnati quam domini conditio, si tamen feudum erat paternum* ».

dei Comuni, in cui il De Afflictis notava come rare eccezioni le città in cui non eravi tale istituto, citandone una sola: la città di Aversa (1). Lo statuto di Milano vietava agli stranieri, e tal divieto si può dire universale, di acquistare immobili nel Comune, e stabiliva tante altre norme miranti tutte a mantenere ai cittadini la proprietà fondiaria (2). Nei borghi s'impediva l'alienazione quando il proprietario non la facesse *pro se redemendo ab hostibus vel aliqua necessitate compulsus*, ecc. (3).

L'espropriazione. — È da ritenere che i Comuni usassero largamente del diritto di espropriazione per opere di vera e pubblica utilità, provvedendovi caso per caso e negando un indennizzo all'espropriato solo quando l'opera gli era direttamente utile, come per strade, canali, ecc. Ma in questa epoca, l'espropriazione non fu stabilita solo per necessità ed utilità pubblica, ma anche per semplice vantaggio dei privati. E che fosse così ci viene attestato dall'esistenza di un'altra specie di espropriazione che fu detta *ingrossatio* e qualche volta anche *incrementum* o *drizzato*, per cui il proprietario di un latifondo aveva il diritto e il dovere di comprare il fondo che non raggiungeva una data estensione e confinante col suo da due o tre lati. Talvolta gli statuti esigevano solamente una permuta in guisa che il proprietario del latifondo poteva appropriarsi del piccolo fondo del proprietario vicino, ma in compenso dovea dargli altrove un pezzo di terreno eguale a quello che egli prendeva. E questa specie di espropriazione la troviamo in quasi tutti gli statuti delle città italiane (4). E notevole è quella stabilita negli Statuti di Verona per la condotta delle acque. Ivi, infatti, si obbligava il proprietario del fondo attraverso il quale voleva stabilirsi l'acquedotto a vendere la porzione di terreno necessaria a questo scopo, e però il prezzo doveva essere superiore dell'ordinario. Tal sistema era, come nota il Pertile, un'erronea costruzione scientifica che esigeva dal proprietario del fondo più di quanto occorreva allo scopo che si voleva raggiungere, e lasciava al costruttore dell'acquedotto un'incomoda proprietà quando fosse cessato l'uso dell'acqua (5).

Il vicino, inoltre, poteva esser costretto a cedere la sua casa, quando l'altro voleva elevare un palazzo per abbellire la città (6).

In forza, adunque, del principio del diritto eminente che appartiene allo Stato, e per esso al sovrano, principio dominante, si può dire in tutto l'evo medio, troviamo la proprietà in tale epoca ristretta da vincoli e da limitazioni ingiuste le quali non troviamo nemmeno all'epoca dei liberi Comuni ricondotte nei loro veri confini.

---

(1) De Afflictis, *Tract. de iure.* — Roth., *Excell. I. C.* (Venetiis 1597).
(2) Stat. Mediol. 1498: *De alienationibus fieri prohibitos in non subditos.*
(3) Stat. *Eccl. Terrae Mont. Novae*, vol., Macerata, Martellini, 1588.
(4) Stat. di Canobbio (1211), Bologna (dal 1248 al 1267), Milano (1498), Bergamo (Coll. IV, 17), Reggio (Stat. *Magnificae comm. Reg.* 1582), Sassuolo (1862).
(5) Pertile, *St. del dir. ital.*, vol. VI.
(6) G. Tamassia, *Il dir. di prelaz. e l'espr. forz. negli Stat.*, nell'*Arch. giurid.*, anno 1885, vol. XXX, fasc. 1, 2, 3 e 4.

Il *diritto moderno.* — Colla rivoluzione francese la quale proclamò i diritti dell'uomo (4 agosto 1789) si ristabilì il principio della proprietà libera e individuale, limitandola solo in quanto fosse necessario all'interesse sociale. Non era più il sistema romano che, riconoscendo scarse limitazioni al diritto di proprietà, sacrificava, se non in tutto, almeno in parte, l'interesse sociale all'individuale; ma nemmeno era il sistema medioevale che mantenne in aspri vincoli stretta la proprietà privata. Era invece l'inaugurazione di un altro sistema, degno dei tempi civili, e che è stato poi accolto e migliorato da tutte le moderne legislazioni, quel sistema, cioè, che, pur rispettando il diritto della proprietà individuale, lo limita, avuto riguardo agl'interessi generali della comunità. Le limitazioni arbitrarie del medio evo hanno dato il posto a limitazioni reclamate dalla ragione e dall'amore scambievole che deve governare i membri di una stessa società. E fra le moderne legislazioni, alla nostra spetta il merito di aver saputo, meglio che tutte le altre, equamente contemperare i due elementi costitutivi della proprietà, l'individuale ed il sociale. In seguito dirò di tutti i miglioramenti da essa apportati alla teoria dei giusti limiti nei quali deve contenersi la proprietà privata. Per ora mi basta il notare che questa teoria è stata pienamente riconosciuta ed applicata dal diritto moderno. Notevoli a tal riguardo, dopo il codice italiano e il codice Napoleone, sono le leggi degli Stati germanici, rimaste intatte anche dopo la promulgazione del codice civile, e le quali, anzi, contengono una disposizione che avrebbe dovuto essere ammessa anche dal nostro legislatore, quella, cioè, che vieta di fare costruzioni ed opere a solo scopo di emulazione. Il diritto austriaco è rimasto in tal materia più indietro fra tutti, dappoichè si è contentato di affermare come principio che la proprietà ha per limite il diritto dei terzi, lasciando ai magistrati la difficoltà delle applicazioni (1).

« Se le limitazioni della proprietà », nota Lampertico, « tendono ogni giorno più a cancellarsi dalla legislazione, altrettanto, invece, si affermano e riconoscono, più nettamente che per lo passato, i limiti della proprietà, non già fattizî ed arbitrarî, ma veri e determinati dalla sua stessa indole » (2).

Da questo sguardo dato alla storia del diritto io credo poter inferire che i limiti della proprietà sono stati ammessi e riconosciuti costantemente. Nei primi tempi, è vero, in modo assai imperfetto; nell'evo medio, risentendo delle condizioni dell'epoca, presero forme vastissime e riuscirono ingiuste sacrificando l'elemento individuale della proprietà; al diritto moderno spettava di collocare tal sistema nella sua vera luce, stabilendo un equo con-

---

(1) Chi volesse avere un'idea più completa dei limiti della proprietà nelle legislazioni moderne straniere può consultare l'aureo trattato di Ferd. Bianchi: *Le servitù legali nel cod. civ. ital.*, parecchie volte citato nel corso di questo studio.
(2) Lampertico, op. vol. cit.

temperamento fra la ragione individuale e la ragione sociale e questo intento, bisogna riconoscerlo, il diritto moderno l'ha quasi perfettamente raggiunto.

(*Continua*) Dott. FRANCESCO DEGNI.

UN CASO DI UCCISIONE
PER DIFESA AL PUDORE MULIEBRE
nel medio evo.

(*Cont. e fine — Vedi N. 9*).

Il testo del 1231 passò nella compilazione del 1262 (1) colle modificazioni ch'erano state approvate *sub domino Marco Baduario potestate Tarvisii*, l'anno 1260; si era sostituito al banno delle lire 300 la decapitazione dell'omicida *sine aliqua redentione*, e alla composizione a favore degli eredi dell'ucciso, la confisca dei beni dell'omicida latitante a profitto del Comune se non aveva discendenti, in caso diverso la divisione dei suoi beni fra l'omicida stesso e i suoi discendenti, assegnandosi la sua parte al Comune, nel caso ch'egli fosse caduto nelle mani della giustizia, anche la quota appresa dal Comune andava devoluta ai discendenti (2). Si può credere che una modificazione presso a poco in questi sensi allo statuto del 1231 fosse già stata introdotta durante la lunga podesteria di Alberico da Romano (1239-1259), al quale non erano mancate occasioni o pretesti, negli ultimi anni del suo dominio, di usare e largamente abusare della pena di morte contro i cittadini ribelli. Divelto e distrutto a furore di popolo, nell'ottobre 1259, quanto poteva ricordare il nome maledetto dei da Romano, comprese le leggi e gli statuti da essi promulgati, si dovette prendere come punto di partenza per le nuove riforme statutarie la compilazione del 1231, l'ultima ch'era stata eseguita prima dell'inizio della podesteria di Alberico.

La rubrica *De omicidiis et eorum poenis* in vigore nel 1331, il cui testo abbiamo riferito più sopra, era ancora quella del 1260, colla sola differenza che in luogo di *casu fortuitu* nel testo del 1260 si leggeva *casu infortuni;* la modificazione proviene dalla compilazione Caminese (1288-1290).

---

(1) III, R. cc. LXIIII: « Statutum factum et emendatum sub d. Marco Baduario pot. Tar. in mill. cc. LX, indictione tercia, primo de homicidiis ».

(2) Immoralissimo sistema di confisca dei beni del *forbannito* con clausola di riversibilità a profitto della prole, che mirava a provocare nella prole stessa l'interesse a far cadere, vivo o morto, nelle mani della giustizia il padre, onde andare al possesso della sua sostanza.

Dalle premesse si rileva che nel 1331 il giudice, se riconosceva che l'uccisione era stata commessa *se defendendo sine fraude*, doveva assolvere; se all'accusato falliva la prova della propria eccezione, il giudice poteva, anzi, a stretto rigore, avrebbe dovuto condannarlo a morte. S'intende che sfuggiva a qualsiasi sindacato l'apprezzamento, per parte del magistrato, delle svariate circostanze di fatto sulle quali si fondava il concetto giuridico della legittima difesa, come pure l'apprezzamento degli elementi probatori della eccezione stessa. E però in tesi generale non si potrebbe dubitare della legalità estrinseca della condanna a morte pronunciata contro Palma, imputata di omicidio volontario; sia che si abbia riguardo all'apprezzamento delle prove, come alla questione se la frase *se defendendo s. f.* fosse comprensiva, oltre che della difesa necessaria della vita, della difesa della pudicizia.

La sostituzione della pena del rogo a quella edittale della decapitazione, che a primo aspetto fa grande impressione per il maggior terrore che quella doveva incutere in confronto di questa, considerata come la pena capitale meno ignobile, si spiega colla pratica assai diffusa nel medio-evo di giustiziare le donne in modo diverso dagli uomini, preferendosi per lo più o di abbruciarle o di seppellirle vive, e ciò, dice il Pertile (1), per riguardi di pudicizia. A vero dire noi non vediamo quali pericoli alla pudicizia presentasse la decapitazione; più che i riguardi della pudicizia — che non impedirono agli statutari di Treviso di prescrivere che nel caso di libidine contro natura la donna rimanesse per tutto un giorno e tutta una notte legata *ad palum omni vestimenta nudata* in piazza del Carrobbio, per essere all'indomani abbruciata fuori di città (2) — crediamo abbiano influito a dare la preferenza per le donne condannate a morte, in confronto di ogni altro modo di esecuzione, al rogo, le tradizioni e le leggi stesse per cui al rogo si mandavano i colpevoli dei così detti maleficî, incanti, stregonerie, ecc., ch'erano quasi sempre donne.

Negli statuti trivigiani non mancano disposizioni, per le quali in taluni reati, se commessi da donne, la pena era il rogo; gli stessi sortilegi, se seguiti da morte, venivano puniti colla decapitazione degli uomini, col rogo delle donne (3); la sola donna adultera era pure punita col rogo (4) fino al giugno 1332, in cui fu approvata una riformazione che sostituiva a tale pena la perdita della dote, dell'incontro e di tutti i beni parafernali a vantaggio del marito, oltre il bando perpetuo dalla città e dal distretto (5). È probabile che da queste due disposizioni si argo-

(1) V, § 182, pag. 264 e seg.
(2) L. III, Tr. IV, R. VII.
(3) L. III, Tr. III, R. XXII.
(4) L. III, Tr. IV, R. VIII.
(5) *Ibid.* Nelle quattro compilazioni del secolo XIII la pena dell'adulterio era sempre pecuniaria. Lo strano ed eccessivo aggravamento da una modica multa nientemeno che al rogo, appartiene alle compilazioni e riforme post-Caminesi della seconda decade del secolo XIV.

mentasse per analogia che, anche là ove la legge nulla disponeva in modo particolare per le donne, fosse sottinteso che alla decapitazione o all'impiccagione si doveva per esse intendere sostituito il rogo. Forse si interpretava con una certa larghezza la norma contenuta negli statuti che faceva obbligo ai giudici di procedere *de similibus ad similia et apponere illam poenam quae apponitur per statutum in simili vel quasi simili maleficio* e di seguire *bonas* (sic) *consuetudines civitatis Tarvisii* (1), che, in conformità alle consuetudini degli altri paesi, riservavano la donna condannata a morte all'orribile spettacolo del rogo.

Prima di considerare per quali motivi i giudici possono essersi indotti a negare a Palma qualsiasi attenuazione della pena ordinaria stabilita per gli omicidi dolosi, è duopo indagare se colla frase *se defendendo sine fraude* si avesse, secondo le idee dell'epoca, riguardo alla difesa, oltre che della vita, della pudicizia. Il Pertile, parlando dei casi nei quali, secondo le leggi medio-evali, per respingere la minaccia si poteva uccidere, accenna anche alla difesa dell'onore, intesa la parola onore nel senso di pudicizia e di castità; osserva che in particolare l'onore muliebre era già compreso nella integrità personale e cita in appoggio le Costituzioni sicule di Federico II e lo statuto tridentino nel testo tedesco del secolo XIV.

Le citazioni non ci sembrano fatte molto a proposito; nè le Costituzioni sicule, nè lo statuto di Trento contemplano espressamente la ipotesi dell'attentato al pudore della donna; la *tutela sui corporis*, di cui parlano le Costituzioni, non è che la difesa della vita, ed i giureconsulti Matteo D'Afflitto (2) e Andrea d'Isernia nei loro diffusi commentari non hanno una sola parola per cui si possa argomentare che nel concetto dell'integrità della persona si comprendesse anche la pudicizia. Quanto allo statuto tridentino è a notarsi che dopo avere provveduto al caso, più frequente, di un uomo il quale per difesa della vita uccide l'aggressore, aggiunge: « *auch ist das zu wersten von einen weib die ein menschen tottet* ». La logica ci pare avrebbe dovuto far considerare il caso ipotizzato dallo statuto, della donna che uccide un uomo, in tutto parallelo ed analogo a quello dell'uomo che uccide chi attenta alla sua vita; e poichè non si parla anche della pudicizia dell'uomo come oggetto degli altrui violenti attentati, non si vede perchè si abbia a ritenere che scopo dell'attentato dell'uomo sulla donna potesse essere, secondo la mente degli autori di quello statuto, anche il di lei pudore. Quasi che non fosse possibile immaginare il caso di una donna che aggredita da un uomo nella sua vita, difendendosi, uccide l'aggressore, e come se non s'incontrasse di sovente negli statuti medio-evali la dichiarazione che norme o banni, disposti a favore od in confronto di uomini, sono applicabili anche alle donne!

(1) L. III, Tr. II, R. XXIV.
(2) L. I, R. XIII, n. 1 e seg.

Ma se le leggi e gli statuti medio-evali non nanno disposizioni che chiariscano questo punto di questione, non mancano in alcuni giureconsulti sino alla fine del secolo XIII accenni alla uccisione in difesa del pudore, in guisa da far supporre che ai loro tempi la frase *se defendendo* consentisse di ritenervi compresa anche tale eccezione. Azzone (1), commentando la legge *de sicariis* del codice, notava: *et ita excusatur... si fecerim ad opinionem meam servandam ut si occidi illum qui stuprum mihi vel liberis meis volebat inferre,* e citava il passo di Marciano, ff. 1, § 4, *Item Divus,* XLIII, 8; l'Ostiense (2) ripeteva le stesse cose colle medesime parole; Giacomo de Arena (3) così si esprimeva: *Si [violentia infertur] in personam . aut ad violentiam castitatis . tum non solum licet propulsare ne fiat . sed etiam licet inferentem flagrans crimen etiam animo ulciscendi occidere . ut in de sicariis . L. 1 § fine et C. de episco . et cle. 1 . raptores, argumenta in quod metu causa . isti quidem . aut, salva castitate, ad personae lesionem . et tunc dic quod potest resistere ne fiat: non autem factam etiam in incontinenti licet ulcisci;* ove è a notarsi che oltre alla difesa si ammetteva la vendetta dell'onore oltraggiato, mentre si negava la liceità della vendetta contro chi aveva attentato all'esistenza. Infine Alberico da Gandino (4), nella serie delle così dette *fallantie* al principio che ogni delitto richiede come *debita satisfactio* una pena, pone il caso di colui *qui occidit aliquem volentem stuprum inferre per vim,* citando il solito passo di Marciano.

Sono questi gli ultimi giuristi del secolo XIII, fra quanti abbiamo consultato, che non esitarono ad affermare esplicitamente l'applicabilità della teoria romana in tema di difesa del pudore.

Checchè sia stato detto anche di recente da autorevole scrittore (5), a noi non sembra che nelle fonti romane la difesa del pudore sia considerata diversamente dalla difesa della vita. Quella era ammessa al pari di questa, sia che si abbia riguardo alla facoltà riconosciuta o tollerata nei tempi più antichi, della vendetta privata (*ulciscendi doloris gratia*), per cui era pure ammessa l'uccisione dell'adultero colto in flagrante, sia che si consideri lo stato di necessità nel quale veniva a trovarsi l'aggredito, posto nell'alternativa o di subire una irreparabile ed ingiusta violenza o di uccidere l'aggressore. Il caso di Plozio, assolto da Mario, non fece tanto rumore per il fatto in sè stesso dell'assoluzione di chi aveva ucciso in difesa del suo pudore, quanto perchè l'uccisore era un milite e l'ucciso un tribuno suo superiore (6),

---

(1) *Summa; in nonum librum Codicis, ad leg. Corn. de Sicar.*
(2) *Summa aurea; lib. V, 3.*
(3) *De instit. et iure; ut vim atq. iniuriam.*
(4) *De poenis reorum,* 1.
(5) Ferrini, *Manuale di diritto penale romano,* p. 194 e seg.
(6) *Tribunus... cui parere caligatum lex jubet, qui partem quandam imperatoriae p testatis obtinet* (Calpurnio Flacco); *Decl. III, Pro milite contra Tribunum,* § 10.

e perchè il fatto era avvenuto *in castris* di fronte al nemico e si poteva scorgere nella uccisione un grave pericolo alla disciplina dell'esercito (1), più ancora perchè il comandante dell'esercito e giudice supremo, Cajo Mario, era uno stretto parente dell'ucciso, e Plozio era stato tradotto al suo cospetto *multis accusantibus, nemine patrocinante* (2). L'assoluzione fu celebrata come un atto di rara imparzialità di un giudice il quale aveva saputo soffocare il naturale sentimento di vendetta per l'uccisione di uno stretto parente.

Nelle declamazioni rettoriche, conosciute sotto il nome di Calpurnio Flacco, non vi è il più lontano accenno a disposizioni del *jus civile* che si opponessero all'assoluzione di Plozio. L'accusatore si limita a negare che il tribuno avesse attentato alla pudicizia del milite; la sua tesi è che questi, ucciso proditoriamente a scopo di vendetta il superiore, aveva anche osato, per isfuggire alla pena, di calunniare atrocemente l'onore del defunto; « *luxuriosus miles tribuniciae potestatis praesulem et magistrum et occidit innoxium et abominabilis impudicitiae criminatur occisum* » (3). Da tutto il contesto della declamazione si rileva che l'accusatore non si sarebbe fatto innanzi a chiedere la condanna del milite, se avesse prestato fede al suo racconto.

Il principio della liceità della violenta reazione contro gli attacchi al pudore appare nettamente scolpito nelle parole di Valerio Massimo a proposito della sentenza di Mario: *iure caesum pronuntiavit quia eum de stupro compellere ausus fuerat* (4).

Che se i giuristi invocano l'autorità di un rescritto imperiale (1, 1, § 4, D. XLVIII, 8) che ordinò di prosciogliere chi aveva ucciso *stuprum per vim inferentem*, mentre quando si tratta della difesa della vita si appellano direttamente alla *naturalis ratio* ossia alla necessità che non ha legge, non mancano rescritti imperiali che confermano il principio dell'impunità di chi ha ucciso in difesa della vita e dimostrano come al principe si ricorresse in ambedue i casi. Egli è che, mancando, a quanto sembra, nella legge civile norme precise in questa materia, si suppliva invocando la *naturalis ratio* e il diritto delle genti, talvolta ricorrendo all'imperatore, il quale si faceva stretto dovere, qualora la scusa fosse provata, di prosciogliere l'accusato. Ciò è in qualche modo confermato dalla novella di Valentiniano non accolta nel codice giustinianeo, che, all'intento di evitare gli abusi verificatisi in pratica ad opera di potenti delinquenti i quali riuscivano a sfuggire alla pena coll'ottenere rescritti di grazia che impedivano ai giudici di statuire come di diritto pei loro misfatti, determinava delle cautele da osservarsi anche

---

(1) La proposizione: *Ita opinor. contra iura castrorum fecerat miles etiam si tantum negasset* (ibid.) posta in bocca al difensore di Plozio, è un artifizio retorico per dimostrare a quali enormità condurrebbe l'esagerazione del principio della disciplina militare, che però lascia comprendere quanto fosse rigida la *lex castrensis*.

(2) PLUTARCO, nella *Vita di Caio Mario*.

(3) *Decl. Tribuno Mariano*, § 4.

(4) VI, 1, 12.

nel caso che i rescritti fossero domandati per uccisioni commesse in difesa della vita (1).

La ragione addotta per distinguere l'un caso dall'altro — l'irreparabilità della perdita della vita e dell'integrità della persona di fronte al nessun pregiudizio per l'onore del *vim passus* in causa delle conseguenze morali e giuridiche delle turpitudini che ha dovuto per necessità subire (2), — non risponde alle idee del mondo romano che la pudicizia aveva in pregio più ancora della vita (3), onde si glorificava senza cessa Lucrezia uccisasi per la vergogna dell'onta patita, e Virginio che immerse il ferro omicida nel petto della figlia insidiata da Claudio, *pudicaeque interemptor quam corruptae pater esse maluit*, e alla pudicizia aveva dedicato altari ai quali, secondo la tradizione, si offerivano a guisa di *ex-voti* i pugnali vindici dell'onore oltraggiato.

Comunque, è da escludersi che i giuristi dei secoli XIII e XIV avessero rilevato nelle fonti una sostanziale differenza fra l'una discriminante e l'altra, e che questa differenza spieghi il diverso favore ch'ebbero i due principî nei loro scritti prima, indi anche nelle leggi. La ragione del poco o nessuno favore ch'ebbe nei tempi di mezzo e specialmente dalla fine del secolo XIII in avanti il principio della difesa del pudore, ci sembra doversi attribuire precipuamente all'influenza del diritto canonico. Non che il cristianesimo non abbia avuto sempre, e più che mai nei primi secoli e per tutto l'evo medio, in altissimo conto la pudicizia. Ma più ancora che la pudicizia era sacra la vita dell'uomo, e per nessun motivo si ammetteva l'impunità della uccisione del proprio simile, creato ad immagine di Dio, commessa all'infuori del legittimo esercizio di una pubblica funzione dello Stato o di una guerra regolare (4). In fondo a questa dottrina tanto rigorosa noi crediamo di scorgere una reminiscenza dell'età eroica del cristianesimo, durante la quale ogni naturale istinto di reazione contro le efferate violenze e persecuzioni del paganesimo ufficiale era stato soffocato e compresso in omaggio alla virtù della rassegnazione, e l'olocausto della vita, dell'onore e delle sostanze alla idea religiosa era stato predicato come la più alta aspirazione del credente, che lo rendeva degno della corona del martirio nel cielo e dell'onore degli altari ad altrui esempio ed emulazione. Si preferiva che il cristiano, posto nell'alternativa di uccidere l'ingiusto aggressore o di lasciarsi uccidere, avesse a sacrificarsi; in questo caso la vittima innocente poteva confidare, col sacrifizio della propria vita e mercè l'ausiglio della

---

(1) Civoli, in *Rivista penale*, XXXVII, p. 21, e seg.
(2) Ferrini, loc. cit.
(3) Seneca (*De benef.*, VI, 2).
(4) S. Agostino, *Ad Publ.*: « de occidendis hominibus, ne ab eis quisque occidatur, nisi forte sit miles an publica functione teneatur », ed in *libro de lib. arb.*: « quomodo apud Divinam Providentiam a peccato liberi sunt qui pro his rebus quas contemni oportet humana caede polluti sunt? ».

grazia divina, di riscattare i suoi peccati, nel tempo stesso che faceva opera meritoria col risparmiare l'aggressore, qualificato nei canoni *membra dyaboli*, perchè gli lasciava tempo di pentirsi dell'orribile peccato che stava per commettere.

Un altro elemento concorreva a far considerare come grave peccato la uccisione dell'uomo, particolarmente se commessa da chierici; l'influenza delle idee del ritualismo ebraico in cui era spiccatissimo l'orrore per l'effusione del sangue umano, passate nel cristianesimo, onde si legge nel decreto di Graziano (1): *Qui altari ministrant et Christi corpus et sanguinem tradunt, vel vasa sacro officio deputata contrectant, ab omni humano sanguine (etiam ostili) se abstineant*, e si aggiunge nella Glossa l'opinione conforme di S. Girolamo: *clerico in nulla necessitate licitum est occidere; imo potius permittere se occidi.*

Della teoria rigorosa è rimasto nei canoni il semplice consiglio a chi aveva ucciso *sine odii meditatione, se suaque liberando* l'ingiusto aggressore, sempre che non avesse potuto evitare il pericolo, di fare qualche digiuno ed abbondanti elemosine (2), mentre, se avesse potuto evitare il pericolo, la pena era della pubblica penitenza; distinzione certamente sconosciuta quando prevalevano le opinioni più severe di S. Agostino e S. Girolamo. Col tempo il rigore si era rallentato alquanto; introdotta la distinzione fra necessità *evitabilis* e necessità *inevitabilis*, si erano ridotte a minime proporzioni le conseguenze del caso *inevitabilis* per il laico; si mantenne invece una certa severità per il chierico, al quale ancora nel secolo XIV, fosse o no *inevitabilis* la necessità in cui si era trovato di uccidere l'ingiusto aggressore, si ingiungeva che *quamdiu vixerit poenitentiam agat* (3).

Un'altra distinzione è quella cui si accenna colla frase *sine odii meditatione*, per la quale si ha riguardo all'eventualità del concorso nella violenta reazione contro le altrui offese, di sentimenti ostili e malevoli verso l'aggressore, e si vuole punita, in questo movimento dell'animo all'odio, la trasgressione del dovere della carità cristiana. Queste sottigliezze che portavano il diritto nel campo riservato alla morale, le troviamo già in S. Tomaso, il quale enuncia la seguente proposizione: *Occidens invadentem se, defendendo se cum moderamine inculpatae tutelae* NEC INTENDENS MORTEM EIUS, *non peccat* (4). Che però non fosse questo del concorso o meno nell'uccisore, di sentimenti ostili all'ucciso il criterio fondamentale secondo il quale la Chiesa considerava l'omicidio in difesa della vita, come parve al Civoli (5), lo si argomenta anche dal consiglio dato al laico di fare qualche penitenza se l'uccisione era stata commessa *sine odii medi-*

(1) I, *Distinct.*
(2) *Decretales.* L. V, tit. XII, *De homic. volont.*
(3) *Ibid.*
(4) IV, *Distinct.* 25, *quaest.* 2, art. 2.
(5) Loc. cit.

tatione; il che lascia comprendere come anche in questo caso si ravvisasse nell'uccisione un atto di debolezza, un peccato, sia pure veniale, che non doveva rimanere affatto immune da censura, almeno nel foro interno; più ancora lo si rileva dalla severa punizione che continuava ad infliggersi al chierico nelle medesime circostanze (1).

Dati questi principii non può far meraviglia che per lungo tempo si fosse dai canonisti circoscritta la scusa della difesa necessaria della vita entro limiti assai ristretti e sotto condizioni oltremodo rigorose.

Che se tante difficoltà si facevano a lasciare impunita l'uccisione quando era in giuoco la esistenza stessa dell'aggredito, si può *a priori* argomentare con quanta maggiore severità venisse considerata l'uccisione in difesa del pudore. Basta por mente al rapporto che occupano rispettivamente nella graduatoria dei peccati l'omicidio e lo stupro anche violento, per comprendere che non sarebbe stato possibile compensare la colpa dell'uccisore con quella dell'ucciso che aveva attentato alla sua pudicizia.

È rimarchevole che di questa scusa nei canoni non si fa mai parola e che la questione, per quanto a noi consta, non viene trattata dai Santi padri, e dagli antichi teologhi. Bensì S. Agostino (2), S. Giovanni Crisostomo (3) e più tardi S. Bernardo (4) fanno eco al profeta Daniele nell'esaltare la virtù di Susanna, la quale nell'alternativa di perdere, cedendo alle minaccie dei vecchioni, la salute dell'anima, o di subire, resistendo, l'estremo supplizio, aveva preferito di correre il pericolo della vita; mostrandosi così persuasi che Susanna avrebbe peccato se avesse ceduto, sia pure coartata *metu mortis;* onde ancora nel secolo XVI alla domanda: *quid ferre debeat pudica puella antequam in stuprum consentiat?* si rispondeva: *re vera, quodcumque genus mortis* (5). La ragione del sacrifizio della vita che si pretendeva dalla donna minacciata nel suo pudore, è data implicitamente da S. Tomaso, là dove commentando un decreto di Papa Leone osservava essere quasi impossibile che *aliquis placentiae motus* l'atto impudico — *talis delectatio* — non desti nella donna *vi compressa* (6). Non è qui il caso di tener conto dell'opinione che cominciò a prevalere nel secolo XVII (7), per cui la donna, anche se vergine consacrata a Dio, non è obbligata a lasciarsi uccidere e neppure, in certi casi, a subire notevole pregiudizio nella sua riputazione

---

(1) È notevole quanto affermava in proposito l'OSTIENSE (Lib. V, *De homic.*, n. 4): « Si [necessitas fuit] inevitabilis non peccat. nec arctatur ad poenitentiam; nisi propter duplicitatis ambiguum, sed interius debet dolere et peccatis suis imputare quod ad tantam necessitatem evenerit et poenitentiam agere bonum est ».

(2) Lib. I, *De civit.*

(3) *Homil. de Susanna.*

(4) Serm. 3, *De annuntiatione.*

(5) SOTO, *De justitia et jure*, Lib. V, q. 1, art. 5. Più innanzi però lo scrittore ammette, secondo le idee più tolleranti dei suoi tempi, che la donna se cede per timore *non peccat mortaliter.*

(6) IV, D. 14, 91, 3.

(7) TIRINO, *In sacra scriptura Comm.*, t. II, in *Danielem caput.*, XIII.

col passare per troppo riservata, piuttosto di subire l'estremo oltraggio, purchè essa resista quanto può colla volontà e permetta materialmente l'atto impudico senza consentirvi rimanendo elemento neutro e passivo nell'altrui peccato. Solo osserviamo che, seguendo quest'ordine di idee, reputati teologhi non esitarono ad affermare che Susanna non era tenuta, per conservarsi casta, di diffamarsi e di incorrere in pericolo di vita col chiamare aiuto, *cum integritas corporis minus bonum sit quam fama vel vita.* A prescindere dai rispetti umani per la *fama*, aberrazione affatto ignota alle idee cristiane del medio evo, il minor valore attribuito alla virginità e alla castità (*integritas corporis*) in confronto della umana esistenza (*vita*), è in fondo lo stesso concetto per il quale durante il medio evo non si ammetteva la liceità dell'uccisione in difesa del pudore.

I principii del diritto canonico, in questo campo, tanto diversi da quelli che informavano la legislazione e i costumi romani, influirono più forse delle tradizioni barbariche sul diritto positivo italiano durante i secoli XIII e XIV e seguenti nel senso di contenere la legittimità della difesa entro limiti assai angusti. Dopo il Gandino e Giacomo de Arena bisogna arrivare ad un oscuro giurista della fine del secolo XVI (1), prima di trovare compreso fra i casi d'impunità l'omicidio commesso nelle suddette circostanze. È curioso che passino oltre sulla questione la maggior parte dei sottili commentatori del digesto, ove pure la questione è posta chiaramente e risoluta, Dino, Cino, Bartolo, Rainerio, Baldo, e che non se ne occupino neppure i grandi criminalisti, l'Angelo Aretino, il D'Isernia e il D'Afflitto nei loro autorevoli commenti delle Costituzioni sicule, il Cepolla che nei suoi *Consilia criminalia* enuncia molte ipotesi del *moderamen inculpatae tutelae*, il Claro, il quale tratta pure per lungo e per largo tutte le questioni che sul *moderamen* si facevano ai suoi tempi, ed ammette coi più che l'aggredito può uccidere impunemente chi lo insulta, anche nel caso che potrebbe *se, fugiendo, salvare*, e che si può uccidere *pro defensione proprii honoris*, facendo l'ipotesi di persona costituita in elevata posizione sociale che riceve uno schiaffo, un pugno, ecc. Errerebbe a partito chi credesse di ravvisare necessariamente compresa nel caso della difesa dell'onore la difesa della pudicizia. Noi crediamo che la genesi della difesa dell'onore stia nel modo col quale era stata considerata nel diritto barbarico l'eccezione *se defendendo*, che aveva poi fatto passaggio nel diritto statutario. I giureconsulti trovandosi di fronte a principii che avevano messo profonde radici nei costumi delle nostre città, cercarono di dare al *moderamen inculpatae tutelae* un'interpretazione che potesse far salvi quei principii, poco preoccupan-

(1) *Antonii Scappi I. C. Bononiensis, Tractatus juris non scripti,* Venezia 1586, c. 116, Lib. V, *De sodomia,* cap. CXLII, 12: « Attentans quoque potest impune interfici ab ipso requisito... et ita fuit, me patrocinante, liberatus quidam famulus pictoris Bononiae ».

dosi se erano o no conciliabili colla teoria romana; presero a distinguere il caso per cui taluno poteva sottrarsi all'insidia o alla minaccia colla fuga senza tema di arrossire per la vergogna, dal caso in cui la fuga lo avrebbe coperto di ridicolo, dichiarando che nella prima ipotesi se non fuggiva e sfidando il pericolo uccideva l'aggressore, doveva essere punito, e che nella seconda ipotesi era abilitato ad aspettarlo a piè fermo ed anche ad ucciderlo. Secondo Cino da Pistoia (1), per ammettere o negare la impunità dell'uccisione, si doveva avere riguardo alla condizione delle persone; se l'accusato era nobile *qui non debet fugere*, se di robusta complessione, ecc. Questa l'origine della difesa dell'onore concessa in progresso di tempo non soltanto nel caso di insidie o di minaccie alla vita, ma anche di ingiurie più o meno atroci; non però ad ognuno, ma solo a colui che, come diceva Bartolo (2), *timet verecundiam.* Certamente per queste persone l'attentato al pudore avrebbe rappresentato tale un'ingiuria da giustificare ogni più violenta reazione; ma l'eccezionalità dell'ipotesi non permetteva di comprendervi la generalità dei casi, specialmente se la vittima era una donna di povera condizione.

Che il principio della difesa del pudore come tale sia entrato assai tardi nelle teoriche dei dottori e nella pratica applicazione delle leggi, lo si arguisce dalla grande importanza che il Baiardo, uno dei commentatori della *Practica criminalis* del Claro, mostrava di attribuire all'ordine da lui dato, mentre era luogotenente nella città di Aquila, al Governatore di Leonessa, di non inquietare un ragazzo che aveva inferta una turpe ferita ad un suo pedagogo mentre questi tentava di stuprarlo; egli osservava che in quell'epoca non conosceva ancora l'opinione di Giulio Ferretto (3) e dello Scappo e che aveva presa tale decisione *propter illud pueri tam notabile factum* (4); d'onde appare che ancora nel secolo XVII si poteva considerare come un'ardita novità l'assoluzione di chi aveva ferito od ucciso per sfuggire ad attacchi violenti al proprio pudore.

Possiamo quindi concludere che di impunità nel secolo XIV in simili casi non c'era neppure da parlarne. Crediamo tuttavia che l'accusato il più delle volte potesse sperare in una diminuzione della pena, quasi a guisa di transazione fra gli opposti principii del diritto romano e del diritto canonico. Il Gandino accenna di avere visto a Modena condannare taluno accusato di omicidio *non dolo sed culpa commisso* a sole lire 5 di multa e in difetto all'amputazione di un piede (5), lasciando compren-

---

(1) *Super codic.*, lib. VIII, tit. IV, *Unde vi.*

(2) Ad lib. I, Dig. tit. I, *De just et iure sex.*, III, § *ut vim.*

(3) Veramente il FERRETTO (*Consilia et tractatus*, Venezia, 1563, c. 155) si limita a riferire il caso di PLOZIO e di MARIO, senza alcun commento. È anche notevole che così lo SCAPPO come il BAIARDO accennano soltanto ad attentati: *de vitio sodomitico*, senza fare alcuna allusione all'attentato alla pudicizia muliebre.

(4) *Practica criminalis* del CLARO, ediz. Venezia, 1640, § *homic. gl.*, n. 296.

(5) *De poenis reorum*, n. 24.

dere che si trattava di pena straordinaria applicata dal giudice, in virtù del largo arbitrio che praticamente gli veniva concesso, sebbene negli statuti non si facesse distinzione fra omicidio doloso e colposo. È assai verosimile che poco a poco questa latitudine di apprezzamenti si fosse estesa anche ad altri casi oltre l'omicidio colposo.

Perchè adunque, si domanderà il lettore, Palma non trovò non che grazia neppure indulgenza nei suoi giudici?

Noi crediamo che si sia giudicato tanto severamente il suo caso per un doppio ordine di considerazioni giuridiche sulle quali fino ad un certo punto si poteva discutere; ma nel tempo stesso non sia rimasta estranea ai giudici una preoccupazione d'ordine assai meno elevato che pur troppo non manca spesso di esercitare sinistra influenza nell'applicazione di leggi anche le più perfette, per colpa degli uomini nelle cui mani sono affidate.

Il primo ordine di considerazioni riguarda i vincoli di stretta parentela fra Palma e ser Rainaldo ch'essa, pochi istanti prima della orribile tragedia, chiamava con disperati accenti: *Barbano*, e cioè zio. Gli statuti di Treviso non contemplano il reato di parricidio; hanno soltanto una rubrica « *De percutientibus patrem et matrem* » (1) proveniente dalla compilazione Caminese (2) che dà piena balia al podestà di punire a suo arbitrio *in habere et persona* chi avesse portato *manus violentas in personas parentum suorum*. Per quanto lo statuto non parli che dei genitori, è probabile che nella pratica, seguendo gli insegnamenti del diritto romano (3), lo si applicasse per analogia anche alle violenze commesse sulle persone degli avi, degli zii, dei suoceri, ecc. (4). È pure a ritenersi che nel caso di uccisione non solo dei genitori, ma altresì dei più prossimi congiunti, — esclusi s'intende i figli e la moglie soggetti all'autorità paterna o maritale — si procedesse con molto maggior severità; era e fu per lungo tempo principio universalmente ammesso che *in atrocioribus delictis* il giudice aveva facoltà di inasprire la pena a suo arbitrio. I rapporti di parentela fra Palma e Rainaldo avrebbero quindi contribuito ad aggravare agli occhi dei giudici la di lei responsabilità; anzichè dare ascolto alla voce del sangue che reclamava pietà e rispetto per il parente, accecato da una triste passione, essa aveva ceduto, dicevano i giudici, alla *istigazione del diavolo*, aveva osato alzare la mano parricida sul capo del fratello della madre sua.

La seconda circostanza aggravante consisteva nella occultazione del cadavere. E' risaputo con quanta severità si considerasse nel diritto germanico l'omicidio commesso clandestinamente, in modo da fare sparire insieme al cadavere ogni traccia

(1) L. III, Tr. III, R. IX.
(2) L. IV, R. IX
(3) Fr. 9, Dig. XLVIII, 8.
(4) Claro.

del reato. L'editto di Rotari (1) lo chiamava *Morth* e lo puniva, anzichè col consueto guidrigildo, colla composizione fissa di ottocento soldi e con eguale multa se il reo aveva anche spogliato il cadavere « *i des Plodraub* » (2). L'occultazione del cadavere, osserva a questo proposito il Calisse (3), era l'elemento essenziale, avvenisse pel modo stesso della uccisione, del gettare per esempio taluno nel pozzo, od avvenisse posteriormente per altro atto dopo consumato l'omicidio. Dalla segretezza mantenuta in tutta la consumazione del reato si argomentava la volontà avuta del commetterlo in modo da costituire la suddetta circostanza aggravante; qui l'elemento di fatto era la prova assoluta dell'elemento soggettivo del dolo. Secondo Philipps (4) l'aumento della pena rappresentava propriamente una giusta reazione contro chi col nascondimento del cadavere aveva voluto rendere più difficile la scoperta del reato e la esazione del guidrigildo. Le leggi dei Bavari (5) avevano riguardo anche alla privazione dell'onore del sepolcro. Il concetto propugnato dal Calisse appare espresso in modo particolare nelle antiche *Gragas* dell'Islanda (6) che definiscono *caedes clandestina* il silenzio tenuto dall'uccisore colla maggior parte degli abitanti del villaggio, l'occultamento del cadavere, le sue negative in giudizio, l'insidia e la premeditazione che accompagnarono l'omicido.

Questo antichissimo principio del diritto germanico pare si colleghi coll'altro principio che troviamo accolto da varie genti germaniche e che poteva in origine essere comune a tutte, per cui chi invocava a scusa del commesso omicidio la necessaria difesa che gli avrebbe procurato la sostituzione di una lieve multa al guidrigildo, doveva vegliare per un certo tempo il cadavere dell'ucciso. Come la occultazione del cadavere faceva argomentare che si fosse ucciso con freddo e pacato proposito, così la forza d'animo di cui dava prova l'uccisore dinanzi al cadavere della sua vittima lasciava credere che nulla la coscienza gli rimordesse e ch'egli avesse veramente agito *se defendendo*. Era questa una specie di *ordalia* o giudizio di Dio, per mezzo del quale l'uccisore purgava pubblicamente il sospetto della sua reità.

Non abbiamo sicura notizia che quest'uso, accolto nel *Sachsenspiegel* (7) e in altre leggi civili e canoniche (8), fosse comune ai Longobardi; la circostanza che nelle leggi non se ne fa parola, non è argomento sufficiente per escluderne l'esistenza,

---

(1) ROTH., 14. Veggasi anche le leggi: Rip. 15; Frising., 20, 2; Alemann., 49, 1 e 76.
(2) ROTH., 14.
(3) *Storia del diritto penale italiano*. p. 155.
(4) *Englische Reichs- und Rechtgeschichte*, II, p. 323.
(5) XVIII, 2, 1.
(6) II, p. 87.
(7) II, 15.
(8) Vedi in PERTILE, V, § 200.

sapendosi che non tutte le costumanze proprie della nazione longobarda trovarono posto negli editti.

Veramente nel *Liber papiensis* (1) i commentatori osservano che il capitolo *de morth* si doveva ritenere *ruptum* dalla legge di Liutprando (2) che nel prescrivere che l'omicida *se defendendo* fosse punito col solo guidrigildo e l'omicida doloso colla perdita di tutta la sua sostanza, non fa alcuna distinzione *sive homicidium fit in absconso, sive non.* L'argomento appare più che altro una sottigliezza di causidici cui forse ripugnava che si dovesse in ogni caso applicare la gravissima pena del *morth* parificato col tempo all'assassinio, quando vi era stato occultamento del cadavere, mentre del fatto si potevano presentare altre spiegazioni all'infuori della ipotesi della fredda e pacata premeditazione; principale, fra tutte, l'intento di sottrarsi alla pena che, grave o lieve secondo le circostanze, l'uccisore avrebbe pur sempre dovuto subire.

Non ostante l'osservazione dei commentatori dell'Editto, possiamo domandarci se in pratica si fossero obliati del tutto gli antichi principî, le vecchie consuetudini. Il concetto della maggiore gravità intrinseca dell'omicidio clandestino in confronto dell'omicidio commesso *palam,* noi l'abbiamo rinvenuto in una carta trivigiana inedita del 1193 (3), ove è cenno di una *morte furava... silicet facta veneno,* che non trova riscontro in veruna disposizione degli statuti del 1207. Ci conforta in questo nostro dubbio il vedere nelle Costituzioni sicule l'autore dell'omicidio clandestino qualificato *horribilis patrator criminis* (4).

Che i giudici di Palma si siano fermati con particolare attenzione sul fatto del clandestino sotterramento del cadavere risulta implicitamente dall'atto di inquisizione e dalla diligenza usata nel raccogliere anche su questo punto le di lei risposte. Si ha quasi l'impressione che l'atto di Palma, di trascinare per i piedi il cadavere, ancora caldo e lordo di sangue, dello zio, di scavare essa stessa la fossa nel porcile e di collocarlo colà, coprendolo di poca terra e letame, con pericolo che i maiali smuovendo la terra avessero a scoprirlo e a divorarne le carni, fosse apparso agli occhi dei giudici come un fatto diabolico, esecrando, che meglio di qualunque altro argomento rendeva palese il *dolo malo,* la pravità d'intenzione onde Palma era stata mossa nell'ammazzare barbaramente il povero ser Rainaldo.

L'atto considerato in sè è certo orribile, raccapricciante; ma quei giudici, prima di condannare spietatamente, avrebbero do-

---

(1) LIUT., 14.
(2) LIUT., 20.
(3) *Arch. capitolare,* ROTILI, a. 1193.
(4) Non dobbiamo però sottotacere che in uno dei *Consilia Criminalia* del CEPOLLA (n. XXVII) si esamina il caso di un tale del distretto appunto di Treviso, il quale aveva prestato mano a seppellire il cadavere di un mendico, ucciso da altre persone, *in quodam monticulo.* Il giureconsulto osserva che *ille actus sepeliendi fuit potius ad caelandum crimen quam ad ipsum crimen committendum,* e avvisa che l'atto per sè stesso andrebbe impunito, *nisi praecesisset consilium.*

vuto porsi una mano sul petto e domandarsi che cosa avrebbero fatto essi stessi una volta ucciso, bene o male — noi diciamo benissimo — ser Rainaldo. E prima di tutto avrebbero quei signori dovuto domandarsi che cosa si sarebbero aspettato che facessero le proprie mogli o sorelle, al posto di Palma, di fronte alle turpi richieste di ser Rainaldo.

Cedere? E' presto detto e più presto ancora fatto; ma a parte la naturale e spesso invincibile ripugnanza nella donna di lasciarsi contaminare a viva forza specialmente da un uomo attempato; a parte la nefandezza dell'incestuoso concubito con uno zio, che Palma doveva credere non le sarebbe dalla Chiesa facilmente perdonato — allora non si conoscevano le sottili distinzioni fra cooperazione formale e volontaria e cooperazione puramente materiale e passiva nell'altrui peccato —, a parte tutto questo, il cedere alle voglie impudiche di ser Rainaldo non era cosa senza pericoli e gravissimi.

Prima di tutto il pericolo, oltre al disonore, di una gravidanza adulterina, incestuosa; e poi se in quel mentre fosse sopraggiunto il marito o fosse entrata in casa altra persona, chi avrebbe salvata Palma dall'accusa di incestuoso adulterio? Intanto il marito la poteva uccidere impunemente insieme al preteso drudo. Che se, risparmiandole la vita, egli l'avesse accusata in giudizio di adulterio, chi le avrebbe creduto se avesse tentato di scusarsi allegando di essere stata violentata?

Palma avrebbe potuto — se la rapidità degli istanti durante i quali si svolse il tragico avvenimento, le avesse concesso di riflettere pacatamente ai casi propri — prevedere il sorriso d'incredulità, con cui, e non sempre a torto, i giudici sogliono accogliere siffatte scuse, quando non sono corroborate da tracce materiali della colluttazione che la donna ha sostenuto prima di cedere o da altri elementi od indizi di prova; fra i quali i giuristi ponevano in prima linea la *vociferatio mulieris violatae* (1), che a Palma non avrebbe giovato perchè non vi era alcuno che potesse udire le sue grida. Qual'è la donna che colta all'improvviso non faccia almeno sembianza di resistere per civetteria e per non avere l'aria di essere troppo facile preda?

Vim licet appellas, grata est vis ista puellis.

Si è già accennato che vigeva allora uno statuto terribile contro le donne che *constante matrimonio* avessero commesso adulterio; la pena, la cui severità contrastava colla indulgenza delle pene portate dagli statuti nelle compilazioni anteriori, era nientemeno che il rogo; anche supposto che in pratica si ricorresse assai di rado a tale pena per un reato che i costumi del tempo lasciano credere fosse abbastanza frequente, difficilmente avrebbe potuto sperare di salvarsi Palma perchè all'adulterio si associava l'in-

---

(1) Afflict., in *Constit. de rapta virg.*, n. 24.

cesto, delitto che comunemente veniva punito appunto col rogo (1). Non nascondere il cadavere? Questo si avrebbe potuto dire all'uomo o alla donna sassone, cui era dato il singolare beneficio di purgarsi dal sospetto, vegliando il cadavere dell'ucciso. Ma in Italia questa costumanza o non aveva mai attecchito o da tempo era caduta in disuso. Poteva confidare nell'indulgenza dei suoi giudici Palma se fosse accorsa ella stessa in cerca del meriga e del giurato della villa, a denunciare l'accaduto e a costituirsi nelle loro mani? Noi ne dubitiamo assai. D'impunità assoluta, ripetiamo, non c'era neppure da parlarne. E' possibile che le si sarebbe salvata la vita; ma nessuno gliel'avrebbe potuto garantire, tutto essendo rimesso all'arbitrio dei giudici, che a Treviso in quell'anno pare non si distinguessero per mitezza ed umanità. E allora che altro restava a fare a Palma se non di provvedere alla propria salvezza coll'occultare ogni traccia del fatto, facendo anzitutto scomparire il cadavere? Oh! certo; Palma, se non fosse stata una povera ed inesperta campagnuola, non si sarebbe limitata a nascondere il cadavere, ma, raccolte in fretta le cose sue, si sarebbe allontanata dal paese; poco distante era il confine fra il comune di Treviso e la repubblica di Venezia, e, varcatolo, essa poteva reputarsi in salvo ed infischiarsi dei bandi e delle taglie contro di lei pubblicate in nome del podestà di Treviso.

Ma si dirà che ella era stata invitata a proporre le sue difese e che all'uopo le era stato concesso un termine di tre giorni; peggio per lei se non seppe indicare testimoni a discarico.

Abbiamo già rilevato che nell'atto d'inquisizione contro Palma il fatto è esposto, come se essa avesse ammazzato ser Rainaldo per impulso di brutale malvagità. Per ben due volte le si fa dire nei suoi costituti ch'essa ha pienamente *confessato* il fatto così e come appariva espresso nell'atto d'inquisizione; è solo ad abbondanza e per mero scrupolo di formalità che i giudici o piuttosto il notaio si sono indotti a verbalizzare il racconto del caso miserando quale veramente era uscito dalle sue labbra; ma dal vedere che anche questo suo racconto è nuovamente qualificato per piena confessione e che si ebbe premura di far constare nel verbale ch'essa lo confermava in ogni parte, perseverando *in dicta eius confessione*, si è autorizzati a concludere che i giudici non fecero caso alcuno delle circostanze allegate da Palma, per le quali ella sarebbe stata trascinata ad usare violenza contro ser Rainaldo, considerandole come affatto indifferenti ed inette ad attenuare, nonchè discriminare del tutto, la sua responsabilità.

Se vi avessero attribuita importanza, avrebbero potuto, per quella latitudine di poteri che le leggi e la pratica loro concedevano, data l'impossibilità per Palma di presentare testimoni

(1) GANDINO, *De poenis reorum*, n. 57.

intorno ad un fatto svoltosi a quattr'occhi e fra quattro mura, in una casa lontana dall'abitato, porre Palma alla corda perchè avesse colla costanza nei tormenti a purgare (1) il sospetto che l'uccisione fosse stata commessa *pensate*, *maliciose*, *dolose*, ecc.; si può metter pegno, che Palma avrebbe con intrepidezza superata la dura prova. *Nemine patrocinante*, *multis accusantibus*, diceva di Plozio Plutarco; ma Plozio ebbe la fortuna di trovare in Caio Mario un giudice sapiente ed equanime che supplì colla rettitudine dei propri sentimenti alla viltà dei compagni d'arme dell'accusato. Non par dubbio che Palma non abbia avuto alcuno che si sia interessato della sua sorte. Abbandonata al proprio destino, cadde vittima della barbarie dei suoi tempi; più ancora, forse, della fretta ch'ebbero i suoi giudici di sbarazzarsi, colla pronta condanna, di una causa che, se si fosse dato peso alle allegazioni dell'inquisita, avrebbe richiesto ulteriori atti d'istruttoria.

Noi non ci sentiamo autorizzati a muovere al podestà Dal Verme, al giudice Bonsignorio e ai due *Signori ai malefizi* il duro rimprovero che dirigeva Andrea d'Isernia ai giudici dei suoi tempi: *imperiti, sitientes sanguinem humanum*, perchè spesso si rifiutavano di prendere in considerazione l'eccezione dell'accusato di omicidio: *quod ad sui defensionem necessariam occidit* (2). L'esperienza della vita ci ammaestra quanto futili motivi siano non di rado nel fondo di atti e sentenze di pubbliche autorità, aberranti da ogni principio di giustizia e di morale.

Da un quaderno *accusationum, denunciationum, inquisitionum, etc.* del notaio Enrico di Roberto di Colmirano *in millesimo trecentesimo trigesimo primo in dictione 14.ª In mensibus Augusti, Septembris et Octubris dicti anni* (nell'Archivio notarile di Treviso):

« Die lune, secundo sectembris.

(*In margine*). Condemnata dicta Palma ad comburandum.

« Hec est quadam inquisitio que fit et fieri intenditur per nobilem et potentem militem dominum Petrum de Verme honorandum potestatem Tarvisii et per sapientem et discretum virum dominum Bonsignorium de Brayda eius judicem et assessorem

(1) Il D'AFFLITTO pare che escluda che in casi simili si potesse dai giudici condannare a pena capitale e porre alla corda l'accusato; in risposta al quesito ch'egli formula nei seguenti termini: *An autem ille qui dixit a principio quod ad sui defensionem occidit et non probavit, possit condemnari ad mortem, et an possit torqueri*, cita alcune autorità che si erano pronunciate in senso negativo (*In Const.*, Lib. I, R. XIII, n. 39). Implicitamente si veniva ad ammettere che in tal caso si sarebbe dovuto applicare una pena straordinaria assai più mite di quella stabilita per l'omicidio doloso. Altri giureconsulti ammettevano che in difetto di prove dirette si poteva *coniecturis probare quod quis fecerit ad sui defensionem* (ANGELO ARETINO, *De maleficiis*; *Et dict Tit. de defend.*, n. 14).

(2) Ad lib. I, *De homicid. puniendis* in *Constit. Sic. cum glossis.*

super maleficiis deputatum et per dominos maleficiorum contra et adversus Palmam filiam q. Anthonii de Curte de Casali et uxorem Gerardini filii Petri de Campo de lova de Casali; In eo, de eo et super eo quod ad aures et noticiam dictorum domini Potestatis, judicis, et dominorum maleficiorum, fama publica precedente et clamosa insinuatione referente pervenit, ipsam Palmam de anno presenti et mense Augusti proxime preteriti videlicet die dominico XXV dicti mensis Augusti, in dicta villa de Casali in contrata de Castradella, in domo habitationis ipsius Palme et dicti Gerardini eius mariti, cuius domus coherentie inferius declarantur, pensate, maliciose, dolose ac iniquo modo et animo, spiritu dyabolico instigata, cum uno stizo grosso ab igne in manu percusisse ser Raynaldum q. Jacobi paduani de Casalli super caput in templa sinistra cum sanguinis effusione et ipsum cum dicto stizo et ex dicta percussione mactasse et occidisse, et postmodum eum per pedes strassinasse usque in quodam suo stabulo dicte domus in quo stant porci et ibi eum sepellisse in quadam fossa, quam fecit in dicto stabulo et postea cooperuisse eum et dictam fossam de terra et ledame dicti stabuli.

« Coherentie dicte domus hec dicuntur. A mane terra monasterii sancti Cathaldi de Venetiis, a meridie et sera terra dicti sediminis dicte domus que est domini Marci Victorii de Venetiis, a monte via publica et si que fuerint coherentie meliores.

« Super quibus omnibus et singulis connexis et dependentibus ab eisdem dicti domini Potestas, Judex et domini maleficiorum intendunt inquirere et procedere contra dictam Palmam inquisitam et contra alios culpabiles de predictis, et ipsam et alios culpabiles de predictis punire et condempnare secundum formam iuris et statuta comunis Tarvisii.

« Die martis, tercio septembris, Tervisii, in palacio minore Comunis, presentibus Nicolao Zambuyni de Campo, Odorico filio ser Jacobi de Bursio notario et aliis. Coram supradicto domino potestate et eius judice maleficiorum predicto in iudicio publico constituta Palma supradicta, iuravit etc. Que lecta sibi dicta inquisitione vulgariter et districte de intelligentia ipsius, sacramento, sponte dixit et confessa fuit omnia et singula in dicta inquisitione contenta vera esse, et dixit quod dum dicta die dominico in inquisitione contenta, dictus ser Raynaldus venisset ad domum habitationis ipsius Palme et ipsam domum intrasset ad ipsam Palmam que erat sola in dicta domus et multum instaret dicte Palme et diceret ei quod deberet se assentire ipsi ser Raynaldo, et promitteret ei quod si se assentiret sibi nunquam deficerit ei aliquid et quod dicta Palma recusaret assentire predictis et diceret dicto ser Raynaldo, o Barbane vos estis homo dyaboli, quia iam es amens quia vaditis temptare de hec, dictus ser Raynaldus ivit contra dictam Palmam et ipsam cepit cum brachiis ad traversum et dum dicta Palma tandem exivisse de brachiis dicti ser Raynaldi qui eam ceperat et tenebat ut est dictum, ipsa Palma se flexit ad fogolarium dicte domus et accepit in manu dictum stizum grossum in inquisitione contentum,

et se erexit versus dictum ser Raynaldum et ipsum cum stizo percussit in capite in templa sinistra cum sanguinis effusione taliter quod incontinenti ipse ser Raynaldus cecidit mortuus in terra, et ipsum postmodum ipsa Palma traxit in quendam revetenum seu stabulum dicte domus in quo stant porci et eum abscondit sub ledamo et terra dicti reveteni seu stabuli, ponendo et cavando terram dicti stabuli usque ad genum hominis. Et postea capucium dicti ser Raynaldi quod ei ceciderat de capite et remanserat in dicta domo, abscondit in uno burigotio in quo erat spelta.

« Cui Palme dicti domini Potestas et judex maleficiorum statuerunt terminum trium dierum proxime venturorum ad probandum omne id quod vult et intendit probare in sui defensionem Et dicta occasione dicta Palma remissa fuit ad carceres comunis Tarvisi.

« Die mercurii, quarto septembris, Tervisii, inpalatio Comunis, ad banchum maleficiorum, presentibus Bartholomeo Facii de Quinto, Beraldino Bonacursii de Canova, Trivisollo Alberti de Cayrano notario et aliis. Coram domino Bonsignorio iudice maleficiorum antedicto ad dictum banchum maleficiorum, in Iudicio personaliter constituta Palma supradicta Iuravit ad sacra Dei Evangelia corporaliter tactis scripturis, dicere veritatem; que lecta sibi dicta inquisitione et dicta eius confessione supradicta per eam sponte facta vulgariter et districte, sacramento suo. perseverando et perseverare volendo in dicta eius confessione, dixit et confessa sponte fuit omnia et singula in dicta inquisitione et eius confessione contenta vera esse.

« Cui Palme dominus Judex dictum terminum trium dierum confirmavit et ibidem statim dicta occasione dicta Palma remissa fuit ad carceres comunis Tervisii ».

Dott. Gerolamo Biscaro
Giudice al Tribunale di Milano.

RECENSIONI.

Alessandro Corsi. — *Studi di diritto internazionale privato.* — **(Prime regole di giurisdizione fra le autorità giudiziarie di Stati diversi) — Fratelli Bocca, 1900.**

È un lavoro breve, ma concettoso ed importante, meritevole d'essere segnalato. La profonda diversità fra gli Stati nell'organizzazione giudiziaria, la discordanza altrettanto profonda nelle funzioni spettanti ai diversi organi giudiziari, relativi alla diversa specie di litigi, rendono il tema, specialmente dal punto di vista teorico, assai grave per l'impossibilità di avere l'uniformità delle funzioni giudiziarie presso i diversi Stati. Ma è bene procedere con ordine per dare al lettore un'idea esatta del lavoro.

L'A. prendendo le mosse dalla condizione nella quale uno Stato si trova

in confronto degli altri Stati, dimostra come il concetto di sovranità esterna non può concepirsi in senso assoluto (è questo ormai un principio prevalentemente adottato nella dottrina al pari di quello secondo il quale la sovranità interna può ammettersi in senso assoluto) (1) per ritenere col Roguin che la sovranità esterna va concepita « come una relazione giuridica fra Stati, che vien determinata dalle leggi della loro coesistenza, e che in queste leggi scritte o non, trova i suoi limiti di fatto e di diritto, e dedurre quindi che l'attitudine di giudicare, l'obbligo o la facoltà di dichiarare, se e in quale misura ciò che le parti domandano avanti al giudice sia conforme alle leggi e ai principii di diritto che la legge vigente consente di applicare, questa funzione dell'autorità giudiziaria non può essere territoriale nel senso che si esercita solo e sempre nella misura espressamente prevista dalla legge locale del giudice; perchè quando si tratta di rapporti giuridici internazionali questa funzione si attiene alla sovranità esterna, la quale, come abbiamo dimostrato, deve intendersi coordinata alle esigenze supreme della vita giuridica collettiva.

Fatte queste premesse l'A. si propone di ricercare in base ai principii esposti « le norme per cui le autorità giudiziarie di uno Stato possono e devono ritenersi competenti a preferenza o ad esclusione di quelle di un altro per ciascun ordine di rapporti giuridico-privati ». Esamina quindi la questione prima nella dottrina, quindi accenna alla legislazione contemporanea, infine prende in esame i progetti, gli studi ed i risultati di Congressi e Conferenze ed alcune convenzioni stipulate fra diversi Stati. Completo, per quanto ci consta, è il richiamo della letteratura giuridica sull'argomento e l'esame delle dottrine degli scrittori di diritto per dimostrare come una trattazione sistematica manchi, per provare la possibilità di norme regolatrici o di convenzioni sulla competenza giudiziaria nel diritto internazionale.

Noi non seguiremo l'A. nell'esame della dottrina del Phillimore, del Westlake, del Foote, del Wharton, dell'importante lavoro del Dicey, del quale critica il presupposto che « la giurisdizione essendo una manifestazione della sovranità interna, non ha ragione di essere quando i suoi atti non sieno *effective*, cioè sicuri di avere efficacia dove sono chiamati ad averla « e rileva che la legge regolatrice della competenza viene ad essere anche pel Dicey la *lex fori* con carattere però meno esclusivo che per altri scrittori e coordinata con principii di diritto universali del cui carattere positivo deciderà lo stesso giudice ».

Nell'esaminare la dottrina del Weis l'A. allo scopo di ben precisare il concetto di competenza nel diritto internazionale privato, dà la seguente definizione: « per *diritto internazionale privato* noi intendiamo quell'ordine di precetti, derivanti da trattati internazionali, da leggi interne, da consuetudini o da principii comunemente ammessi fra gli Stati, che regolano i rapporti giuridici di interesse privato cadenti sotto l'azione di leggi di Stati diversi ». Ricorda infine riguardo ancora alla letteratura i lavori del Gianzana e del Roguin.

Nel campo della legislazione richiama le disposizioni contenute nella legge procedurale italiana, legge che venne seguìta dal codice belga del 1876, rinviando per altre leggi ai trattati che si occupano di legislazione comparata.

Infine svolge la parte più importante delle fonti, l'esame cioè delle conven-

(1) Si veda nella voce *Protettorato* da noi scritta per l'*Enciclopedia giuridica*.

zioni, dei trattati, dei progetti e delle conferenze che si riferiscono al grave argomento. Dopo aver ricordato il trattato franco-svizzero del 15 giugno 1869, le conclusioni prese dall'Istituto di diritto internazionale dell'Aia del 30 agosto 1875, il progetto di Conferenza internazionale diramato dal ministro de' Paesi Bassi Gericke de Hercoynen del 1874, il Congresso diplomatico americano di Montevideo ed il tentativo di codificazione fatto da questo Congresso, il *proiet de programme* proposto dal Governo de' Paesi Bassi nel 1897 per una terza Conferenza all'Aia, ed infine l'importantissima Convenzione 9 luglio 1899 fra la Francia ed il Belgio, Convenzione che segna un grandissimo progresso sulle antecedenti, deduce da tutto ciò alcune massime generali che crediamo conveniente di riportare, non senza aver prima rilevato come l'A. critichi « la tendenza a stabilire precetti generali assoluti, comprensivi di un intero ordine di rapporti, che è un vizio organico del titolo preliminare del codice civile italiano e che nella materia nostra è proprio deleterio. Poichè volendo sottoporre tutto un istituto giuridico al dominio di una data legge, si viene a confondere innumerevoli rapporti giuridici, rispetto a ciascuno dei quali possono concorrere leggi diverse; laddove nel prevedere l'azione diversa che queste leggi possono avere per ciascuno di loro nel tracciare gli elementi costitutivi di questi rapporti e le ragioni e i fatti giuridici per cui si deve collegarli più all'una che all'altra legge, in questa diligente analisi di ciascuno di essi consiste la funzione propria del legislatore e l'*ars boni et aequi* dell'interprete. Inoltre colla esposizione fatta l'A. è d'avviso d'aver dimostrato che rispetto alla competenza giudiz. inter. mancano tuttora, sia nel campo diplomatico che in quello scientifico elaborazioni sistematiche da prendersi a modello sia pure per qualche istituto giuridico. Si direbbe che la visione di un principio generale che si vuol affermare trasporta lo studioso tanto in alto da fargli perdere di vista il terreno per cui deve procedere e la molteplicità dei negozi giuridici ai quali quel principio deve applicarsi, e la infinita varietà dei subbietti ed obbietti loro e delle legislazioni relative, elementi che concorrono tutti a limitare l'efficacia di quel principio e la concreta determinazione di esso. La difficoltà per la materia nostra e l'utilità massima del lavoro sta nel dimostrare come nelle applicazioni le quali sole interessano la realtà della vita, esso coordina e soddisfa questi interessi, mentre corrisponde a quegli ideali di giustizia e libertà che sono comuni alle legislazioni più progredite ». Ed ora ricordiamo le massime generali:

1.ª Ogni restrizione alla competenza dei tribunali desunta dalla nazionalità dei contendenti deve eliminarsi, salvo che il merito della contestazione verta su questioni cosidette di Stato e di capacità.

2.ª Le norme di competenza interna di uno Stato contenute nelle leggi o nei trattati debbono valere anche per le azioni che riguardano stranieri, salvo deroghe espresse.

3.ª I criteri attributivi di giurisdizione che devono adottarsi nei trattati, o nelle leggi nuove, o nella interpretazione di essi rispetto a questi rapporti, sono: *a*) il domicilio del convenuto o in difetto di domicilio la sua residenza per le azioni personali o mobiliari; *b*) la situazione dei beni per le azioni reali immobiliari; *c*) il luogo dove l'obbligazione è nata, è stata o deve essere eseguita, per le azioni che si connettono alla sua esecuzione; *d*) lo Stato di origine dei minori, o, in difetto, il luogo dove si è aperta la tutela per la costituzione e l'esercizio di questa; *e*) il luogo dove si è aperta la successione per il riparto e la liquidazione della medesima; *f*) il luogo del domicilio del fallito

per la dichiarazione del fallimento e per gli effetti e l'amministrazione di esso. L'elezione di domicilio per gli effetti dell'obbligazione esclude l'applicazione del criterio sub c).

Le imprese o le società commerciali si hanno per domiciliate nel luogo del principale stabilimento, salvo sempre gli effetti dell'elezione del domicilio.

4.ª Per conseguenza, i giudizi iniziati in uno Stato per rapporti di diritto privato internazionale devono svolgersi e spiegare tutti gli effetti di cui sarebbero capaci se si trattasse di rapporti giuridico-privati ordinari, anche ad esclusione dell'azione dei tribunali di altro Stato, salvo che questi ultimi abbiano titoli naturali e diretti di giurisdizione prevalente o precedente (connessione, litispendenza, atti esecutivi, ecc.) ovvero che le leggi o i trattati escludano la loro competenza o l'efficacia dei loro procedimenti.

5.ª Per conseguenza ancora, i giudizi *compiuti* in uno Stato non possono venir discongiunti in un altro, se non incorrono nelle cause di divieto o di inefficacia previste nelle leggi di quest'ultimo o nei trattati.

Potrebbesi ancora dall'esame di alcuni fra i progetti suesposti e dalle disposizioni a cui si richiamano trarre un'altra conseguenza, ed è che la legge straniera potrà e dovrà dal giudice applicarsi nelle questioni di competenza, come nel merito della lite, e interpretarsi e provarsi al pari della legge locale, nei limiti e nei casi da questa ammessi. Senonchè questa deduzione si potrebbe trarre solo in via indiretta e la riserva finale riuscirebbe tanto elastica da renderla inconcludente; inoltre essa esce dal campo di ricerche che ci siamo proposti di fare in questa prima parte.

Di questi principii l'A. prende in esame nel suo lavoro soltanto i primi due. Siamo noi pure del parere del Corsi nel ritenere che se queste massime si riscontrassero in ogni deliberazione o convenzione ricordata si sarebbe indotti, *prima facie*, a ritenere facile e maturo il lavoro preparatorio per una codificazione del diritto internazionale privato in questa materia. Invece esse non sono che parzialmente adottate, ma se rappresentano anche un progresso, tuttavia la prima secondo l'A. è incompleta per la riserva che contiene sulla questione di Stato, la seconda è deficiente ed indeterminata nel contenuto.

La funzione giudiziaria, osserva l'A., è propria bensì della sovranità interna, in quanto si manifesta e si svolge nel territorio di un solo Stato e rispetto ad atti o fatti giuridici, a uomini o a cose il cui carattere, i cui attributi, o i cui effetti giuridici devono avere in quel territorio, prima che in ogni altro, riconoscimento e protezione dall'autorità giudiziaria. Però se questa è funzione di sovranità interna, le regole che vogliamo trovare devono considerare questa funzione nell'atto in cui s'incontra o dovrà incontrarsi un giorno, con quella corrispondente di un'altra sovranità, ed hanno per obbietto l'accordo di entrambe intorno all'azione delle rispettive autorità giudiziarie sia nell'interno del territorio (diritto di giudicare) che fuori di esso (efficacia del giudicato). E i principii ai quali queste regole devono conformarsi non sono solo quelli del diritto interno (pubblico e privato) di uno Stato, ma altresì, cioè congiuntamente, quelli del diritto esterno (pubblico e privato).

Per tanto, chi voglia rendersi conto del motivo per cui s'invocano all'uopo trattati internazionali, deve ammettere che il lasciare il governo di questa materia alla sovranità interna, cioè alle leggi territoriali sulla competenza, è una contraddizione manifesta, ovvero è un modo di non risolvere il problema. Esaminate da ultimo raggruppandole in categorie le diverse posizioni giuridiche che discendono dagli innumerevoli rapporti entranti nella competenza

dei tribunali dei diversi Stati conclude stabilendo le due seguenti massime, che nella forma desidereremmo veder modificate:

1.° L'estraneità della legge applicabile ai subbietti o agli obbietti di un rapporto giuridico-privato internazionale non vale ad escludere la giurisdizione del tribunale competente, se non quando la natura del medesimo, o i trattati e le leggi di ordine pubblico locale lo impongono, ovvero quando concorrono le ragioni di prevalenza della giurisdizione straniera previste nell'ultima parte della regola seguente.

2.° Le norme ordinatrici della competenza fra le diverse autorità giudiziarie di uno stesso Stato contenute nelle leggi locali e nei trattati varranno anche per le azioni relative a rapporti giuridico-privati internazionali.

A regolare poi la giurisdizione fra i tribunali dello Stato e quelli stranieri pei rapporti suddetti provvederanno le leggi locali e i trattati in conformità dei criteri attributivi di giurisdizione previsti nelle regole seguenti.

Nel silenzio delle leggi locali sulla giurisdizione, o nel contrasto con leggi e trattati di altri Stati, il tribunale investito della causa non potrà dichiararsi incompetente se non nei casi:

a) di un divieto espresso derivante da qualche disposizione proibitiva del suo paese;

b) di incompatibilità dell'esercizio della sua giurisdizione — sia con atti o dichiarazioni delle parti che egli in base a leggi locali deve riconoscere valevoli in giudizi — sia con le leggi straniere o con principii di diritto che egli ritiene di potere o dovere applicare.

Le altre massime dedotte dalle fonti formeranno oggetto di studio della seconda parte del lavoro, parte che noi attendiamo con vivo interesse, poichè facilmente fin d'ora si può arguire di quale importanza dovranno essere; intanto richiamiamo l'attenzione degli studiosi della disciplina del diritto internazionale sulla monografia del Corsi per l'importanza dell'argomento, pel rapido e concettoso suo svolgimento, per le massime stabilite, rispondenti alla fama ed alla competenza dell'A.

G. Luè.

Libri pervenuti in dono.

Dott. Giovanni Lorenzoni. — *La cooperazione agraria nella Germania moderna.* — Trento, Soc. Ed. Trentina, 1901. L. 6.

Avv. F. Foà. — *Il teatro lirico nazionale e la proprietà letteraria artistica.* — Torino, Bocca, 1901.

Avv. Ernesto Peronaci. — *La revocazione della sentenza per errore di fatto.* — Trani, Vecchi, 1901. L. 1 50.

De Tilla A. — *Studii di diritto e procedura penale.* — Napoli, Felicò, 1900. L. 3 50.

La violenza nel reato di esercizio arbitrario. — La donna e la responsabilità penale. — Interpretazione dell'art. 421 c. p. — Gli affittacamere e il favoreggiamento alla corruzione di minorenni. — Il creditore pegnoratizio che aliena il pegno commette reato? — La pena degli adolescenti fra i 14 e i 18 anni. — Del termine utile per la connessione della querela nei reati di libidine. — Il prosieguo del dibattimento. — Il pudore nel codice penale. — Il pagamento totale dei crediti estingue l'azione penale per bancarotta semplice? — La soppressione di un articolo (603) nel Cod. proc. pen.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

TORINO, 16 luglio 1901 — *Pres.* Marangoni — *Est.* De Giuli — *P. M.* Piroli = Valenti c. Gilioli.

Dedotto in giudizio di conciliazione e in via riconvenzionale un credito superiore alle lire cinquanta e contestatane la sussistenza dalla controparte, non può il pretore all'effetto di giudicare la inappellabilità della sentenza del conciliatore, ritenere come già dedotta dalla somma domandata in riconvenzione quella chiesta in libello, per virtù di compensazione.

Valenti Lodovico, con citazione 10 maggio 1899, conveniva Gilioli Enrico avanti il conciliatore del I Mandamento di Modena per essere soddisfatto di L. 11.80 importo di quintali 3.15 di fieno vendutogli.

Comparve all'udienza del 20 maggio il convenuto Gilioli per mezzo di mandatario, e dichiarò che egli non negava la somministrazione del fieno, ma che però egli era creditore di L. 50 in base a confessione fatta dal Valenti in lettera 10 dic. 1891, diretta all'avv. Spartaco Fattori. Chiese per ciò la compensazione delle L. 11.80, e riconvenzionalmente la condanna del Valenti a pagargli la differenza, cioè L. 38.20.

Deduceva il Gilioli analogo interrogatorio articolato in due capitoli, e sulla verità e sulla sussistenza attuale del debito e prorogarsi la causa all'udienza del 24 maggio.

In quest'udienza il Valenti risponde:

Sul primo capitolo, esser vero che nella lettera suindicata egli si confessava debitore di L. 50, ma che però aveva pagato degli acconti all'avv. Fattori, come si riservava di provare.

Sul secondo capitolo, che la detta somma di L. 50 era stata pagata non una, ma due volte.

La causa viene rinviata al 10 giugno, ma la si abbandona d'accordo. Ritornano le parti innanzi il conciliatore nell'udienza del 14 genn. 1900.

Il mandatario del Gilioli presenta a sorreggere la sua domanda riconvenzionale il libro giornale, e il libro inventario del proprio negozio di armaiuolo, osservando: che il debito originario del Valenti per ragioni private era di L. 86, e risaliva al 1893, del quale aveva in più rate e in epoche diverse del 1893 e 1894 pagate complessivamente L. 25; che nel 3 maggio 1899 il Gilioli, acquistando il fieno dal Valenti imputò il prezzo di L. 11.80 a diminuzione del suo avere; che perciò il Gilioli rimaneva ancor creditore di L. 48.15, sulla quale somma concretava la propria domanda in riconvenzione, modificando così la prima domanda.

Ricompaiono le parti il 7 marzo, e il Valenti presenta una ricevuta del 15 giugno 1899 emessa dal mandatario degli eredi Starchi comm. Gaetano, colla quale questi eredi dichiarano d'aver ricevuto dal Valenti Lodovico la somma di L. 50 per cessione di credito della somma di L. 95.80 che lo stesso comm. Starchi professava verso il Gilioli Enrico per residuo suo dare.

La causa è rinviata al 17 marzo.

Non compare il Valenti, nè chi lo rappresenta; Gilioli chiede se ne dia atto, e che il conciliatore emani sentenza accogliendo la sua istanza per essere assolto dalla domanda del Valenti e ammessa la riconvenzionale sia quest'ultimo condannato a pagargli L. 48.15 cogli interessi e spese.

Il conciliatore emana sentenza l'8 agosto 1900 colla quale, riservato al Valenti ogni azione contro il Gilioli pel pagamento della somma da questi dovuta agli eredi Starchi, e della quale egli Valenti si era reso cessionario, condanna il Valenti a pagare al Gilioli la somma di L. 48.15 pel titolo di che nella domanda riconvenzionale, e cioè per generi di negozio somministratigli, comprese le spese, meno quella di sentenza.

Appella il Valenti da questa pronuncia e chiede che in riparazione della stessa venga in via principale condannato il Gilioli a pagargli L. 11.80, e assolto dalla domanda riconvenzionale di L. 48.15.

In via subordinata: a che venga assolto da questa domanda.

In via ancor più subordinata: dichiararsi che esso Valenti deve a Gilioli sole L. 13.20.

Oppone l'appellato Gilioli la nullità dell'appello perchè interposto contro sentenza inappellabile; in merito chiede la conferma della sentenza del conciliatore.

Il pretore accoglie l'eccezione d'inappellabilità.

Il Valenti chiede allora alla Commissione presso questa Suprema Corte di essere ammesso al gratuito patrocinio per reclamare contro la pronuncia del pretore; e la Commissione, pur deplorando la continuazione fino ai supremi gradi dell'ordine giudiziario di una causa che avrebbe dovuto trovare la sua risoluzione senza ministero di patrocinanti presso il benefico istituto della conciliazione, ammette il Valenti al gratuito patrocinio, basandosi sulla considerazione che la domanda del Gilioli, anche ridotta a L. 61, rendeva la causa appellabile indipendentemente dalla compensazione delle L. 11.80 che, dopo riconosciuta la giustizia della riconvenzionale stessa, si dovette ammettere.

Il Valenti denuncia la sentenza del pretore per tre mezzi.

Ben può dirsi che i tre mezzi del ricorso si svolgono intorno ad unica controversia, quella riflettente l'appellabilità della sentenza del conciliatore; e in quanto con essi si censura la pronuncia del pretore che ritenne la inappellabilità, vanno accolti; non in quanto si vien lamentando un difetto di motivazione, dacchè appunto per l'errata motivazione in linea giuridica che condusse il giudice singolo a tale statuizione, questo Supremo Collegio riconosce doversi accogliere il ricorso.

Il pretore a fondare la pronunciata inappellabilità del giudicato del conciliatore ha premesso: che tanto la domanda principale dell'attore Valenti in L. 11.80, quanto la domanda riconvenzionale avanzata dal convenuto Gilioli in L. 48.15, rientrando nei limiti delle L. 50, rendevano applicabile l'articolo 17 della legge 16 giugno 1892; che la domanda dell'attore non era contestata, mentre contestavasi dall'attore ogni e qualunque suo debito verso il convenuto; che la riconvenzionale del convenuto costituiva un residuo e non una parte di maggiore obbligazione; e venne poi a conchiudere che la competenza doveva misurarsi alla stregua di questo residuo inferiore alle L. 50, non potendo considerarsi in contestazione le L. 11.80, « perchè la compensazione di tal somma si era verificata anteriormente alla causa ».

In questa conclusione stà tutto l'errore del giudicato.

Infatti, dal punto in cui il pretore ammetteva che per le L. 11.80 si trattava di compensazione, emergevano evidenti queste conseguenze:

1.° che, restringendosi la domanda riconvenzionale del Gilioli in L. 48.15 solo in quanto dovevasi per L. 11.80 operare la compensazione, il Gilioli veniva con ciò ad opporre al Valenti un credito superiore alle L. 50, e non semplicemente un residuo di L. 48.15;

2.° che il conciliatore, di fronte alla contestazione sollevata dal Valenti dell'intero credito vantato dal Gilioli, era necessariamente chiamato a conoscere, non solo di quanto era dal Gilioli chiesto in via riconvenzionale, ma pur della sussistenza o meno di tutto il credito da esso Gilioli proposto per operare la richiesta compensazione delle L. 11.80.

In altri termini, non altrimenti il conciliatore poteva aggiudicare come ha aggiudicato, la somma di L. 48.15 a vantaggio del Gilioli, se non in quanto avesse precedentemente ammessa la compensazione delle L. 11.80, riconoscendo giusto e proponibile tutto il credito del Gilioli che era superiore alle L. 50.

Il pretore ritenne di superare questa difficoltà, che di certo gli si affacciava per stabilire la inappellabilità della sentenza del conciliatore, osservando che la compensazione delle L. 11.80 si era verificata anteriormente alla causa.

Ma quel magistrato non faceva riflesso che appunto in questa causa il Valenti contestava tutto il credito del Gilioli, opponendosi così ad una compensazione che, secondo esso Valenti, non poteva nè doveva aver luogo per ciò solo che non sussisteva il credito del Gilioli.

Niun dubbio che la compensazione si operi di pien diritto al momento della contemporanea esistenza di due debiti che reciprocamente si estinguono per le quantità corrispondenti (art. 1285 e 1286 c. c.); ma questa contemporanea esistenza ha d'uopo di essere riconosciuta dal giudice allorquando uno dei debiti viene impugnato.

E allora è troppo chiaro che soltanto il giudice competente sia chiamato a dire che la compensazione ebbe luogo *ipso iure* (articolo 102 c. p. c.).

Così stando le cose, è giuocoforza il convenire col ricorrente che il pretore faceva mal governo della legge col negare l'appellabilità della sentenza del conciliatore in una causa nella quale il valore del credito opposto in compensazione, di cui il conciliatore doveva conoscere, eccedeva il limite delle L. 50.

P. q. m., cassa, ecc.

—

PALERMO, 9 luglio 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Ceravolo — *P. M.* Gionfrida = De Pasquale c. Serra.

La perenzione nel giudizio di rinvio decorre non dalla notifica, ma dalla semplice pubblicazione della sentenza di annullamento (1).

Sulla discordanza delle opinioni e decisioni, questa Suprema Corte è stata sempre costante nel decidere che il termine voluto dalla legge onde verificarsi la perenzione della lite in giudizio di rinvio debba computarsi dal giorno in cui si pubblica la sentenza d'annullamento.

Il principio generale che informa tali decisioni deriva dal concetto informatore della perenzione delle liti, cioè che queste, *ne fiant poene immortales*, debbano cessare per desidia dei litiganti in un tempo prestabilito. Donde proviene immediata la conseguenza, che non vi debba essere stadio pendente di giudizio in cui non corra la perenzione. E poichè la sentenza della Cassazione quando annulla e rinvia, fa rivivere l'appello, la perenzione di questo deve incominciare dalla data della pubblicazione di quella sentenza che toglie di mezzo l'altra che sul detto appello aveva pronunziato. Il pretendere che invece si avesse principio dalla notifica della sentenza di rinvio, tende a creare un periodo indefinito d'imperimibilità, e questo dà di fronte al principio sopra cennato.

L'obbiezione saliente del ricorso s'informa all'art. 546 c. p. c. Non la trae dalla solita e più volte confutata pretesa di nullità quando veruna delle parti manca al comando di notificare la sentenza che cassa, ma bensì osservando che per potersi utilmente invocare la decadenza di un termine avente il *dies a quo*, in un altro qualsiasi, è necessità che sia di già questo atto notificato. Ma la futilità di cotesto argomento si rileva appena si confronta la diversità dei due istituti; della decadenza cioè, e della perenzione fra i quali si vuol decidere con inammissibile argomento di analogia. E di più questo argomento stesso racchiude il vizio della petizione di principio, essendo appunto nel riscontro questione di sapere, se dalla pubblicazione oppure dalla notificazione della sentenza che cassa abbia principio il termine alla perenzione necessario.

Ed infine, essendo ormai fuori discussione che la causa innanzi il giudice di rinvio si possa portare con la sola citazione in via sommaria, cioè senza notifica della sentenza di Cassazione, la desidia di chi nol fa, pure avendone interesse, non può egli riversare a carico della controparte.

(1) Cfr. da ultimo, A. Catania, 21 aprile 1899, in *Filangieri*, 1899, 788; contra A. Ancona, 25 marzo 1899; *Ib.*, 1900, 463, coi richiami.

—

TORINO, 8 luglio 1901 — *Pres.* Mussita — *Est.* Bonicelli — *P. M.* Piroli = Allegrani c. Croce-Casazza.

1. *È incompatibile col concetto del pegno il patto secondo cui il creditore si obblighi di restituire temporaneamente il pegno stesso al debitore prima di aver ricevuto il pagamento di quanto gli spetta* (1).

2. *Deve quindi annullarsi la sentenza che abbia condannato il creditore pignoratizio a restituire temporaneamente il pegno al debitore, desumendone l'obbligo da un preteso patto implicito* (2).

Non ha fondamento il II mezzo di cassazione, che investe la sentenza nella parte riguardante la domanda riconvenzionale nei rapporti col Gustavo Croce, per risarcimento di danni derivanti dalla rifiutata presentazione di una delle cartelle all'Allegrani date a pegno, e la domanda spiegata per lo stesso titolo dalli Enrico ed Adelina Croce in proprio ed anche quali eredi col fratello Gustavo del padre Eugenio.

All'una ed all'altra domanda di danni l'Allegrani aveva eccepito essere indispensabile a dar fondamento all'azione l'esistenza per parte sua o di una colpa aquiliana o di una colpa contrattuale; che il non aver egli accondisceso alla consegna della cartella datagli a pegno o garanzia del mutuo delle L. 1700 non costituiva nè l'una nè l'altra colpa; quindi irrilevante ed inammissibile la prova testimoniale ammessa dal tribunale, e da rigettarsi l'azione:

a) perchè colli Adelina ed Enrico Croce, e neppure col fu Eugenio Croce egli non ebbe mai rapporto qualsiasi, essendo infatti il pegno stato stipulato colli Gustavo Croce e Maria Catterina Casazza, in loro esclusivo nome ed interesse, come accessorio del mutuo di cui nella più volte citata scrittura 22 luglio 1885;

b) perchè niun patto contrattuale esisteva di fronte allo stesso Gustavo Croce, che obbligasse a fare ciò che all'Allegrani si chiedeva per mera cortesia.

La Corte non ha potuto disconoscere in fatto nè l'uno nè l'altro dei suddetti due obbietti, ma ha creduto di poterne eliminare le giuridiche conseguenze col seguente ra-

(1-2) Sull'indole del contratto di pegno, v. da ultimo stessa Corte, 15 novembre 1900, in questo *Filangieri*, 1901, 292, col richiamo.

gionamento: « sia pure che in base ai principî *qui iure suo utitur neminem laedit; quod alteri prodest et tibi non nocet facile est concedendum*, non possa assurgersi al diritto di risarcimento dei danni, ma solo a quello della dichiarazione del diritto contestato; nella specie però è in fatto contestato che l'Allegrani, ricevendo in pegno le quattro cartelle, non poteva ignorare che queste appartenevano all'eredità del fu Alessio Croce, resosi defunto fino dal 1882, ed a cui erano tuttora intestate: che una di queste era per di più vincolata verso l'Amministrazione dello Stato a titolo di cauzione a favore di Eugenio Croce, padre e suocero dei pignoratari; che conseguentemente queste cartelle gli venivano consegnate in pegno dai coniugi Croce, e da lui accettate colla scrittura 22 luglio 1885, limitatamente però ai diritti che sopra le medesime potevano spettare ai concessionari del pegno e sotto le condizioni sotto le quali i titoli stessi loro potevano spettare; che perciò era salvo il diritto a riaverne il possesso od almeno la consegna temporanea per levarne copia autentica, agli effetti dello svincolo da seguire non appena che per la eventualità della morte dell'erede proprietario si fosse fatto luogo alla necessità dello svincolo onde aprir l'adito alle pensioni testamentarie, cosa che sarebbesi verificata solo nel 1886 ».

Da tali premesse la sentenza discende a dichiarare che gli ostinati rifiuti dall'Allegrani opposti alle giuste richieste dei legatari non erano atti puramente emulativi, ma qualora venissero provati, sarebbero veri atti di violazione delle obbligazioni che nell'Allegrani erano sorte dal contratto di pegno, per cui possedeva quelle cartelle, e ciò se non per pattuizione esplicita, per patto implicito, non meno efficace perchè dipendente dalla natura stessa dei titoli ricevuti a pegno; obbligazione che, venendo a risultare violata tanto rispetto al Gustavo Croce, quanto dirimpetto al proprio fratello Enrico e sorella Adelina, dovrebbe aprire l'adito all'obbligo di risarcire i danni illegittimamente inferti.

Ora, da questo ragionamento, che costituisce la base fondamentale della pronuncia, si rileva chiaramente ed indiscutibilmente:

1.º Che nel concetto della sentenza il fondamento esclusivo dell'azione di risarcimento dei danni, proposta contro l'Allegrani, si è la colpa contrattuale tanto rispetto al Croce Gustavo, quanto rispetto alli fratello e sorella Enrico ed Adelina ed anche al Gustavo quali eredi del padre;

2.º Che la stessa Corte ha espressamente riconosciuto non sussistere alcun patto espresso pel quale l'Allegrani creditore pignoratizio si fosse obbligato a restituire o riconsegnare sia pure momentaneamente ai debitori, prima della estinzione del debito, la cartella ricevuta a titolo di pegno, ed ha affermata la sussistenza di un patto implicito, desumendolo dalla natura ed indole speciale del titolo costituente il pegno, dalla limitazione dei diritti sul medesimo spettanti ai debitori costituenti;

3.º Che dalle speciali condizioni di fatto, dal vincolo inerente al titolo e dall' interesse che avevano i legatari di togliere il vincolo stesso per conseguire i legati rispettivi lasciati dal fu Alessio Croce scaturisce una limitazione degli effetti del pegno, quindi l'obbligo nell'Allegrani ed il corrispondente diritto nei debitori di riavere il possesso od almeno la consegna temporanea del pegno anche prima della estinzione del debito, per lo scopo sopra indicato;

4.º Che conseguentemente il rifiuto dell'Allegrani alla riconsegna costituisce una vera violazione delle sue obbligazioni anche di fronte alli Enrico ed Adelina Croce.

Ma cosiffatte proposizioni contengono altrettanti errori giuridici sostanziali che viziano la sentenza.

Innanzi tutto è fuori di contestazione che il contratto di pegno fu stipulato esclusivamente fra l'Allegrani creditore, e li coniugi Croce Gustavo e Caterina Casazza, e vi furono assolutamente estranei li Enrico ed Adelina Croce, e la sentenza non ha affermato il contrario; ond'è che rispetto ai medesimi esula qualsiasi rapporto contrattuale collo Allegrani, che potesse dirsi dal medesimo violato col rifiuto di riconsegnare il pegno; nè la Corte ha addotto ragione alcuna per dimostrare che la identità d'interesse potesse aver generato identità di rapporti obbligatori e di diritti conseguenti da un contratto al quale i detti Enrico ed Adelina erano affatto estranei; ed è risaputo che i contratti hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti e devesi presumere che ciascuno abbia contrattato per sè e suoi eredi ed aventi causa, sempre quando non siasi diversamente pattuito espressamente, o non risulti dalla natura del contratto, e questi casi eccezionali non ricorrono certamente nella specie. Laonde manca assolutamente qualsiasi rapporto generativo della obbligazione che, nei riguardi di essi Enrico ed Adelina, la Corte disse violata dall'Allegrani, ed ammettendo per essi la colpa contrattuale, la Corte è partita da un concetto giuridico manifestamente errato, creato avendo un vincolo di obbligazione soggettivamente estraneo alle persone dei contraenti o loro aventi causa.

E nei rapporti di Gustavo Croce, come non sussiste alcun patto espresso nella scrittura di costituzione del pegno, secondochè afferma la stessa sentenza denunciata, neppur

potevasi ritenere implicito il patto di riconsegnare il pegno ai debitori senza che i medesimi avessero soddisfatto il loro debito al quale serviva di garanzia, senza disconoscere nella sua essenzialità il contratto di pegno e distruggerne l'efficacia giuridica; avvegnachè, come giustamente osserva il ricorrente, è di essenza del contratto di pegno che la cosa, data al creditore per sicurezza del credito, presso di lui debba rimanere fino alla estinzione del debito, e conferisce al medesimo il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa pignorata; e per espressa disposizione dell'art. 1882 c. c., conforme al 456 c. comm., questo privilegio solamente sussiste in quanto il pegno rimanga in potere del creditore. Ripugna pertanto alla natura intrinseca di questo contratto il supporre che siasi pattuito che il creditore dovesse riconsegnare anche temporaneamente il pegno, senza aver conseguito il pagamento del credito. Anche la consegna temporanea togliendo il pegno dal potere dell'Allegrani poteva dar luogo non solo alla perdita temporanea del privilegio, ma altresì all'acquisto di diritti sul pegno per parte di terzi e portare al nulla la stipulata garanzia, ed è incivile supporre che l'Allegrani abbia consentito ad un evento che poteva riuscirgli eminentemente dannoso. Tanto meno poteva ciò supporsi dappoichè il termine pattuito per la restituzione del mutuo non era che di mesi sei, mentre ai debitori coniugi Croce-Casazza o meglio al Croce Gustavo, non sopravveniva il bisogno di ottenere la riconsegna del certificato per procurarne lo svincolo se non dalla morte della vedova di Alessio Croce che avvenne nel 2 febb. 1886, dopochè il debito di mutuo, a cui garanzia stava il pegno, era già scaduto; cosicchè i debitori avevano il mezzo diretto e pronto di riavere il pegno fino dal 22 giugno 1886, perchè scadeva a tale data il termine al pagamento. Che se la vedova usufruttuaria fosse anche morta subito dopo la stipulazione del pegno di cui nella scrittura 22 luglio 1886, i legatari avevano il termine utile di un anno per ottenere lo svincolo della cartella; e così anche in questa ipotesi non sarebbe ad essi mancato il mezzo di riavere il pegno a propria disponibilità in tempo utile, mediante il soddisfacimento del mutuo alla scadenza.

Inutile dopo queste considerazioni perentorie andare alla ricerca di un patto implicito nella natura oggettiva del pegno ed in ispecie nella cerchia dei diritti spettanti ai debitori e limitazioni della disponibilità della cosa che essi potessero avere. Ciò potrebbe costituire una ragione di terzi esperibile in un ben diverso giudizio e giammai invocabile dai debitori costituenti il pegno, ed implicherebbe una quistione di nullità del pegno che non fu mai proposta, nè discussa innanzi ai giudici del merito e non può proporsi per la prima volta in sede di cassazione neppur come mezzo di difesa della sentenza denunciata, nella quale non fu posta in dubbio la validità del contratto in parola.

Riassumendo, è assolutamente antigiuridico l'ammettere, in difetto di un patto espresso, che sarebbe la negazione del contratto di pegno nella sua essenza, la obbligazione del creditore di restituire o riconsegnare al debitore, prima della estinzione del debito, la cosa data in pegno. E la Corte venendo in contrario avviso non si limitò a fare degli apprezzamenti di fatto, ma si dipartì da un falso concetto di diritto sulla efficacia del contratto di pegno, rendendo così sindacabile in questa sede la sua pronuncia anche perchè non si occupò con specifica motivazione della quistione esplicitamente sollevata dall'Allegrani in base all'invocato disposto dell'art. 1882 c. c., e sussistono le violazioni di legge di cui nei singoli articoli citati in epigrafe a questo II mezzo, lettere *A* e *B*; onde la sentenza deve essere cassata nelle parti impugnate, tenuta ferma soltanto nel capo portante la condanna del Croce Gustavo al pagamento del mutuo in capitale ed interessi, previo rigetto delle contrarie eccezioni, senza che faccia d'uopo di occuparsi del III mezzo riguardante una quistione non esaminata, nè decisa dalla Corte genovese, e sulla quale dovrà pronunciare il magistrato di rinvio.

P. q. m., cassa, ecc.

—

NAPOLI, 21 maggio 1901 — *Pres.* Salvati — *Est.* Burali d'Arezzo = Ricciulli c. Figurelli.

Può essere rinnovato l'atto d'appello nullo per vizio di forma, qualora il termine ad appellare non sia ancora trascorso (1).

La dottrina e la giurisprudenza sono pacifiche nel riconoscere che, sempre quando la legge assegna un termine perentorio per l'esercizio di un diritto, è permesso l'esercizio stesso fin tanto che il termine non è scaduto, e d'altronde l'art. 58 c. p. c. dispone che l'atto nullo può rinnovarsi sino a che il termine perentorio per farlo non sia ancora scaduto, il perchè se il primo atto d'appello è nullo per vizio di forma, ben può l'appellante riproporlo in surrogazione dell'altro precedente, quante volte per non es-

(1) Cfr. Cass. Torino, 23 febbraio 1894, in questo *Filangieri*, 1894, 2, 338 colla nota.

sersi notificata la sentenza il termine utile ad appellare non si trovi per anco decorso, art. 467 c. p. c.

Invano si obbietta che proposto l'appello, sia o non la sentenza notificata, si è già messo in movimento il diritto d'impugnarla ed è chiuso perciò l'adito all'ulteriore esercizio dello stesso diritto dovendo l'appellante subire le conseguenze del proprio fatto, cioè della rinuncia del beneficio del termine; imperocchè codesto assunto trova il suo riscontro nella legge sempre che l'appello sia valido; ma quando è esso invece inefficace e nullo va applicato allora il principio *quod nullum est, nullum producit effectum;* epperò se l'istanza nulla deve ritenersi come non avvenuta, non può essere di ostacolo all'altra successiva regolarmente promossa e proseguita.

Per le premesse cose merita censura l'appellata sentenza, con la quale si dichiarò inammissibile l'atto riproduttivo dell'appello dei signori Ricciulli dell' 11 marzo 1896, mentre la sentenza appellata non si era loro notificata; e se il primo atto di appello del 14 aprile 1893 era nullo per vizio di forma, d'altronde non essendo scaduto il termine utile per l'appellazione era senza dubbio consentito ai signori Ricciulli proporla nuovamente con l'atto dell'11 marzo 1896; nè la sentenza denunziata pone in dubbio di essersi riprodotta l'appellazione in modo valido e nelle forme dalla legge stabilite; ma erroneamente la ritiene inammissibile per voluta decorrenza del termine ad appellare.

Se nel merito non venne emesso alcun pronunziato, col quale si fosse rigettato per vizio di forma l'appello prodotto col primitivo atto del 14 aprile 1893, va escluso senz'altro il voluto ostacolo del *bis in idem*. Nè vuolsi pretermettere che la comparizione in appello del signor Figurelli avrebbe persino sanata la nullità del primo atto di appello per vizio di forma, una volta che per manco di notificazione della sentenza ai signori Ricciulli non era decorso il termine utile ad impugnarla e non eravi perciò alcun diritto quesito in ordine alla inammissibilità dell'appellazione nel giorno in che non solo venne proposto l'atto riproduttivo, ma eziandio nell'altro in che comparve il signor Figurelli in appello.

La comunanza d'interressi e la condanna in solido contro i signori Ricciulli e Pelosi autorizzava costei, cui la sentenza appellata soltanto erasi notificata, ad intervenire nel giudizio di appello legalmente promosso dai condebitori solidali col cennato atto riproduttivo dell'appello ed a fare adesione al loro gravame per la riforma ed annullamento della sentenza appellata a norma dell'art. 470 c. p. c.

Laonde la prima sentenza va annullata.
P q. m., cassa e rinvia.

—

ROMA, 14 maggio 1901 — *Pres.* Caselli — *Est.* Tivaroni — *P. M.* Carlucci = Finanze c. Società Anonima Siemens & Halske.

Il contratto di somministrazione di energia elettrica stipulato dall'azienda produttrice contro corrispettivo di un canone annuo, va qualificato come appalto ed è quindi tassabile a sensi dell'art. 49 della tariffa annessa alla legge di registro (1).

La questione sottoposta alla Corte d'appello consisteva nell'esame se nei contratti di somministrazione di energia elettrica dovesse ritenersi prevalente il carattere della vendita di merce fra commercianti, ovvero quello della locazione d'opera, e, di conseguenza, se a termini dell'art. 6 della legge sul registro fosse applicabile nella specie l'art. 1.° ultimo alinea o non piuttosto l'art. 49 della tariffa.

Procedendo la denunziata sentenza alle relative indagini, dopo aver accennato alla disputa che divide la dottrina e si ripercuote nella giurisprudenza sul modo di considerare l'elettricità, osservò fra altro :

« Se la parola *cosa* dovesse corrispondere alla *res* dei Romani, non potrebbesi dubitare che nel suo latissimo senso dovrebbe comprendere anche l'energia elettrica.

« Senonchè ciò non basta a risolvere la questione, dovendo la sua risoluzione con più sicuro criterio dipendere dal modo con cui l'oggetto fu dedotto in contratto, secondo la volontà manifestata dai contraenti, e dalle condizioni stipulate, poste in relazione colle relative disposizioni di legge ».

A questa stregua la Corte, mentre escluse che potesse trattarsi nella specie di vendita di merce tra commercianti, affermò doversi invece riconoscere nel contratto il carattere prevalente di locazione d'opera.

Ed a dimostrare tale assunto osservò che la durata del contratto per un certo determinato tempo, il canone annuo, i rapporti giuridici che ne nascono fra locatore e conduttore aventi tratto successivo, contrastavano col carattere della vendita.

« La vendita può bene assumere anche la forma di rapporti continuativi e rinnovar-

(1) Cfr. stessa Corte, 16 agosto 1898 in questo *Filangieri*, 1899, 766, colla nota. — Riguardo all'indole del contratto di concessione dell'esercizio della pubblica distribuzione di energia elettrica fatta da un Comune ad una società, v. pure Cass. Roma, 19 maggio 1901, *Ib.*, 1901, 692, colla nota ed i richiami.

tisi, come nel contratto di somministrazioni periodiche, ma l'obbligo principale del venditore è sempre la consegna della merce e solo in subordine il risarcimento del danno. Nella specie invece l'obbligo della produzione dell'energia elettrica era sempre risolvibile in caso d'inadempimento in una obbligazione personale di risarcimento di danni, e se la Società mancasse ai suoi impegni, non la si potrebbe mai condannare alla consegna dell'energia elettrica.

« Altra caratteristica essenziale della vendita è il trasferimento della proprietà e la libera disponibilità che il compratore acquista della merce mediante la consegna; caratteristica che pur manca nei contratti in disputa ».

Esclusa in questo modo la vendita, proseguì la Corte dicendo: « Più corrispondente alla natura delle cose, alla volontà delle parti, alla forma espressa del contratto è la locazione d'opera.

« Imperocchè l'art. 1.° dice che la ditta Siemens & Halske si obbligava di dare alla locataria una forza motrice di cento cavalli dinamici effettivi sull'albero del motore elettrico, continua per tutti i giorni dell'anno e per tutte le 24 ore della giornata.

« Ora il cavallo dinamico non essendo che l'unità di misura della forza motrice, l'obbligo di dare un determinato numero di cavalli dinamici si traduce nell'obbligo di produrre una determinata quantità di forza motrice, e questa è principalmente obbligazione di fare.

« La produzione dell'energia elettrica si connette e si immedesima col lavoro, o sia intellettuale della direzione, dell'ingegnere, o sia manuale degli operai che servono la macchina.

« Non monta che non sia questo lavoro l'oggetto che è regolato dal contratto, ma solo il suo prodotto, perchè è in diritto accettata la distinzione fra la *locatio operarum* e la *locatio operis;* la quale ultima figura di contratto si rinviene nella specie.

« Nè vale l'obbiezione che si tratti di somministrazione. Imperocchè tale contratto può avere affinità tanto colla vendita, quanto coll'appalto. Nella specie il contratto di somministrazione di energia elettrica, e per la sua natura, non potendosi separare il prodotto dall'opera che è causa della produzione, e per le condizioni stipulate, presenta carattere assai più affine all'appalto ».

Il Supremo Collegio non può a meno di plaudire a codesti motivi, i quali valgono di per sè a confutare il contrario assunto del ricorso, dimostrando in modo evidente l'applicabilità alla specie dell'art. 49 della tariffa che contempla tutte le forme dell'obbligazione di fare, come in casi analoghi ebbe già a ritenere questo Supremo Collegio, osservando che ogni qualvolta siasi locata la forza motrice generata da un motore elettrico, azionato dalla corrente elettrica prodotta nelle officine idrauliche elettriche delle Società locatrici, si versa in materia di locazione d'opera; in primo luogo perchè la forza motrice si immedesima nella corrente elettrica, la quale non è corpo con determinata estensione, numero, peso e misura, che possa essere consegnato per goderne; in secondo luogo perchè la corrente elettrica, ossia la stessa forza motrice, deve essere prodotta dalle officine idrauliche delle Società locatrici, le quali perciò hanno l'obbligo di produrre, di fare una cosa, non di far godere una cosa.

Vanamente si oppone che la stessa Corte d'appello ammise che l'energia elettrica può essere oggetto di vendita, ma ritenne che nel caso attuale le parti avrebbero voluto il contrario, dimenticando così essere inammissibile che possa dipendere dalla volontà delle parti che un rapporto giuridico, il quale in sè considerato abbia tutti i caratteri di un contratto, diventi invece un contratto diverso.

E a dimostrare l'inanità di tale obbiezione basta il riflesso che la Corte non disse quanto le attribuisce il ricorso, ma disse invece esattamente che la volontà manifestata dalle parti di voler stipulare una locazione, e non una vendita, doveva essere rispettata anche agli effetti della legge di registro fino a che non risulti o che essa contrasti colla natura del contratto, o che abbia scopo di simulazione o di frode.

Egli è perciò che la Corte potè rettamente attendere alla volontà delle parti comechè conforme alle condizioni stipulate, alla forma espressa nell'atto, all'oggetto ivi contemplato, all'intrinseca natura ed agli effetti dell'atto stesso: estremi corrispondenti ai contratti di locazione d'opera e non di vendita.

Non meno vanamente si aggiunge che la somministrazione di prodotti delle industrie, quantunque siano le stesse la conseguenza del fatto, ossia dell'opera dell'uomo sussidiato da opportuni meccanismi, costituisce mai sempre vendita.

Si concede, per verità, che la somministrazione di tali prodotti possa costituire vendita, ma a condizione che siano il risultato di un lavoro compiuto nell'interesse di chi lo ha fatto, siano separati e distinti dalla causa producente, appartengano al produttore fino a quando non siano stati consegnati al compratore.

Laonde non pone in essere una vendita la somministrazione dell'energia elettrica che non può costituire un prodotto di per sè stante; nella quale non è separabile il la-

voro dalla produzione, ed è inserviente a cose che non appartengono al producente e che immediatamente passano in servizio di chi ne fece acquisto.

Nè regge l'obbietto che il lavoro dell'uomo nella produzione dell'energia elettrica si riduca a cosa insignificante, agendo tutto il congegno della produzione automaticamente, una volta che la stessa è sempre la conseguenza del lavoro e dell'applicazione d'opere intellettuali e manuali nello stabilimento centrale, nulla potendo produrre la macchina di per sè se non guidata dalla mano e dall'intelligenza dell'uomo; ed una volta che nella produzione di quell'energia e della forza motrice che con essa si immedesima, non può disgiungersi il prodotto del lavoro e dell'opera dell'uomo, costituendo di tal guisa insieme congiunti un'obbligazione di fare e non di dare.

Rettamente infine la Corte d'appello escluse l'argomento desunto in contrario dal confronto dei due art. 49 e 50 della tariffa: imperocchè il secondo contempla le somministrazioni nelle quali è prevalente il carattere della vendita, mentre invece il primo riguarda le somministrazioni in cui, come nella specie, è prevalente il carattere di locazione d'opera, che presenta le maggiori analogie coll'appalto.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

ROMA (Sez. unite), 7 maggio 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Mazzella — *P. M.* Quarta = Istituto Salesiano c. Jommi.

Non è soggetta a tassa di dazio consumo nei comuni aperti la somministrazione di generi alimentari fatta dal direttore di un istituto di educazione agli alunni (1).

In ordine al I mezzo: il vizio che travaglia la sentenza denunziata, sta nel concetto evidentemente erroneo che nei Comuni aperti tutti debbano pagare il dazio di consumo, mentre tutte le leggi dicono apertamente il contrario; giacchè, se nei Comuni chiusi la tassa si paga da tutti, perchè si riscuote al momento in cui gli oggetti soggetti a dazio vengono introdotti nella cinta daziaria, nei Comuni aperti la tassa si paga nel momento in cui i generi sottoposti a dazio s'introducono negli esercizi di vendita a minuto. A sostenere il contrario bisognerebbe del tutto dimenticare gli art. 8, 10 e 16 della legge 3 luglio 1864, l'articolo 13 della legge 11 agosto 1876, all. L, e gli art. 38 e 39 del regol. 25 agosto 1876. D'altra parte, se vero fosse che al solo consumo degli oggetti sottoposti a dazio dovesse attendersi per affermare che la tassa sia dovuta, ne conseguirebbe come legittima conseguenza quello che nessuno ha pensato mai di affermare, che cioè nei Comuni aperti debba pagare la tassa chi si provvede in una volta di tutto ciò che serve al suo vitto per una intera annata, e che consuma giorno per giorno in minime proporzioni.

Ora non solo tutto ciò è assurdo, perchè contrario a testuali disposizioni di leggi, ma prova fino alla evidenza che nei Comuni aperti non tutti i cittadini pagano il dazio di consumo, ma quelli soltanto che acquistano nelle minute vendite ed in piccola quantità. Il magistrato che non è chiamato ad emettere giudizio sulla bontà o meno di una legge, non deve dire se il legislatore ben s' appose nel limitare nei Comuni aperti la percezione del dazio di consumo ai soli generi introdotti negli esercizi di vendita al minuto: però sol che si tenga conto che non era possibile chiudere tutti i piccoli Comunelli del regno, e che in mancanza di cinta daziaria era impossibile seguire ciascun consumatore per imporgli il pagamento del dazio, si farà chiara la necessità di limitare la percezione del dazio di consumo nei Comuni aperti. E limitata nel modo anzidetto, si ha che non solo non paga dazio chi per uso suo compra all'ingrosso i generi soggetti a dazio, ma anche colui che li acquista per distribuirli giornalmente a sè stesso ed alle persone di sua famiglia.

E se tutto ciò è vero, se cioè non può cader dubbio che nei Comuni aperti il dazio si paga soltanto quando i generi si comprano nelle vendite a minuto, escludere il concetto della speculazione e del lucro, come ripetutamente ha detto questo Supremo Collegio, è cosa del tutto assurda, quanto è assurdo ammettere che possa esservi persona che impieghi un capitale e spenda tutta l'opera sua nel vendere al minuto per mera filantropia.

La legge del 1897 cogli art. 9 e 10 non intese punto modificare il concetto informatore delle leggi preesistenti. Invero i precedenti legislativi, attentamente esaminati, dicono cosa ben diversa da quella affermata colla sentenza denunziata: dicono cioè che alle parole *minuta vendita* si aggiunsero nell'articolo 9 le altre *comunque fatta*, e che nell'art. 10 si disse soggetta a dazio nei Comuni aperti la « distribuzione non gratuita fra più persone del vino e dei prodotti alcoolici » per mettere argine alle continue frodi, per le quali il lucro e la speculazione

1) Cfr. da ultimo Cass. Roma, 27 agosto 1900, in questo *Filangieri*, 1901, 45, col richiamo.

si raggiungevano senza far risultare gli estremi che costituiscono la minuta vendita. Restò quindi fermo il concetto del lucro e della speculazione, mentre coll'art. 10 il legislatore, occupandosi della distribuzione non gratuita, volle evitare che questa, per qualsiasi ragione, non fosse equiparata alla minuta vendita comunque fatta, essendo facile che in essa non tutti riscontrassero gli estremi della vendita a minuto, e che perciò le frodi che si mirava d'impedire avessero continuato a danneggiare l'erario dello Stato. Intesa in tal modo la legge nella chiara sua locuzione, lo stesso appaltatore non osa dire che il direttore dell'Istituto Salesiano venda a minuto ai giovinetti i generi soggetti a dazio: dice però, ed in ciò venne seguìto dalla sentenza denunziata, che vi sia distribuzione non gratuita, perchè quello che in ogni giorno si dava aveva un corrispettivo nella retta annuale. Senonchè dai fatti ammessi dal magistrato di rinvio ricavasi che il lucro e la speculazione nel direttore del detto Istituto vadano necessariamente esclusi.

Si ammette in fatti che la retta non bastava ed occorrevano le oblazioni, ma se questi estremi di fatto non trassero ad escludere il lucro e la speculazione, basterebbe sempre il considerare che un pubblico Istituto, come quello Salesiano, che mira a scopo eminentemente morale, cioè alla istruzione ed alla educazione dei giovanetti, non può pensare a lucro; giacchè, quand'anche in qualche anno restasse qualche somma disponibile, questa certamente non andrebbe a beneficio del direttore, ma dovrebbe impiegarsi a migliorare l'Istituto e la istruzione che nello stesso s'impartisce. Nè è vero che la retta annuale possa considerarsi come il corrispettivo del vitto giornaliero, giacchè non solo la retta serve per tutto e non pel solo vitto, ma perchè la stessa non viene percepita a scopo di lucro, rappresentando invece il mezzo necessario perchè lo scopo eminentemente morale dell'istituto possa raggiungersi. In proposito la motivazione della sentenza nelle parvenze si riferisce ad apprezzamento di fatti, però nella sostanza contiene errati criteri giuridici fondati sopra la falsa ed errata interpretazione della legge. D'altra parte un Istituto pubblico di educazione ben può equipararsi ad una famiglia, e come il padre di bene ordinata famiglia non paga dazio sui generi, che acquista all'ingrosso e distribuisce giorno per giorno ai figli ed ai domestici, così non deve pagare dazio il direttore dell'Istituto che fa cosa non diversa dal padre di famiglia. S'invoca fuori proposito l'art. 1101 c. c. per sostenere che la distribuzione sia gratuita allora soltanto che chi riceve, niun diritto ha a ricevere. Imperocchè in materia tributaria le parole vanno intese in rapporto alla materia, e quando per la legge sul dazio di consumo si ha che la distribuzione non gratuita è quella fatta a scopo di lucro, è a questa legge che deve porsi mente e non a quella di ordine generale, com'è il codice civile.

È per tutte queste ragioni che la sentenza denunziata deve cassarsi.

P. q. m., cassa, ecc.

ROMA (Sez. unite), 4 maggio 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Petrella = Martinengo c. Comune di Noventa Padovana e ll. cc.

Non infirma la validità dell'olografo la circostanza che la data nel medesimo sia stata scritta in tempo anteriore a quello in cui fu apposta la sottoscrizione (1).

Le principali proposizioni sulle quali la Corte d'appello fondò il suo giudizio sono queste: una data che non corrisponde al giorno nel quale venne firmato il testamento, ma a quello in cui fu cominciato, potrà sostenersi essere inidonea, ma non già falsa; non avere l'art. 775 prescritto il luogo nel quale la data debba apporsi nei testamenti olografi, potersi quindi scrivere in qualsiasi punto di essi, siano lunghi o siano brevi; che sebbene dall'essere libero il testatore di scrivere la data in qualsiasi punto del testamento, non potesse dedursi che pari libertà gli sia concessa nello scrivere la data in tempo diverso da quello nel quale scrisse la firma, pure doveva ritenersi che ciò il legislatore aveva conceduto di fare, tra perchè niente in contrario, in materia così delicata, prescrisse, e tra perchè vi sarebbe poi difetto quasi assoluto di mezzi per provare che la data fu scritta nel giorno della firma; che « il criterio dal legislatore contemplato per conoscere del momento in cui la data assume vita giuridica, non è quello della sua contestualità colla firma, ma della comunicabilità, il quale è criterio assoluto, costante ed applicabile a qualsiasi testamento olografo »; che la firma del testamento è quella che imprime alla data il carattere di verità.

Il ricorso anzitutto rimprovera alla sentenza di avere malamente posta la questione che costituiva la tesi dei ricorrenti; perocchè disse sostenere gli appellanti che la data apposta a capo del testamento, il quale per la sua lunghezza non poteva essere stato

(1) La denunziata sentenza 28 giugno 1900 della Corte di Venezia si legge in questo *Filangieri*, 1900, 863 al richiamo.

scritto in un solo giorno, era una data falsa, perchè non corrispondente a quella del giorno ignoto e diverso in cui la testatrice avrebbe sottoscritto il testamento, mentre i Martinengo e compagni avevano sempre ammesso potersi nel testamento olografo apporre la data anche dopo (in senso non soltanto di luogo, ma altresì di tempo) la sottoscrizione, per guisa che l'assunto loro era che la post-data poteva conciliarsi con la validità del testamento, ma l'antidata lo rendeva insanabilmente nullo.

Nota dappoi il ricorso che, essendo falso tutto ciò che non è vero, inopportuno fu il rimprovero fatto dalla sentenza ai ricorrenti per aver parlato di data falsa mentre avrebbero potuto sol dire « data inidonea ».

Non sarebbe difficile, stando segnatamente a taluni punti della conclusionale presentata dal Martinengo alla Corte d'appello, spiegare, perchè a quel modo la sentenza enunciò la questione, ma non occorre farlo, come non monta occuparsi della maggiore o minore precisione di linguaggio in quanto all'addiettivo col quale si qualificò la data, perchè in sostanza l'esame fatto dalla Corte di merito, e la soluzione poi data alla questione, corrispondono al contenuto vero di questa.

Sostengono i ricorrenti avere la Corte d'appello erroneamente e contro il disposto della legge respinta la eccepita nullità del testamento, perocchè « la formalità della data è essenziale e d'ordine pubblico, e non può dirsi osservata tanto se il testatore l'ometta, quanto se, sia a bella posta, sia per errore, vi apponga una data non vera, e vera non è quella anteriore al giorno della sottoscrizione ».

La sentenza denunziata pone in fatto non essere stato, nella fase attuale della causa, impugnato che il testamento fu vergato dalla defunta Vendramini, nè che la data, la quale è scritta in cima ad esso, corrisponda al tempo in cui veramente fu scritta; e se è così, osserva questo Collegio che il testamento in esame si presenta scritto per intero dalla testatrice, datato con la indicazione del giorno, del mese e dell'anno, e sottoscritto in fine delle disposizioni, dunque corrisponde perfettamente al dettato dell'articolo 775 c. c. e però è valido. E vi corrisponde perocchè, essendo il testamento olografo un istituto creato dalla legge in materia gravissima, ed essendo un istituto che limita la libertà del testatore, perchè gli consente di disporre dei suoi beni pel tempo della sua morte soltanto nelle diverse forme stabilite dalla legge, ha vigore e si applica rigorosamente la regola che come da un lato debbasi richiedere nella scheda testamentaria la esatta osservanza delle formalità prescritte dal legislatore, così dall'altro canto è vietato di apporre altri vincoli e pretendere altre formalità oltre quelle specificatamente prescritte, e peggio ancora pretenderle, creando nullità dal legislatore non comminate (art. 804 c. c.). E le formalità di cui all'art. 775 vennero nella specie osservate, perciocchè in questo non è specificato in quale luogo la data deve essere scritta, come per contrario è detto della sottoscrizione, e quindi la scelta del luogo in cui si vuole scrivere la data è lasciata in balìa del testatore; nè, in quanto a tempo, è detto che il testamento debba essere vergato in un solo giorno, e tutto questo non è per verità disconosciuto dai ricorrenti. Ora, se il testamento in disputa è conforme al disposto di legge, essendo scritto, datato e sottoscritto dalla Vendramini, può ben concludersi che i portatori di esso (date ben s'intende le premesse circostanze sull'autografia, e sulla corrispondenza della data al vero giorno in cui fu scritto) con la presentazione del medesimo abbiano fornita la dimostrazione diretta della validità del testamento; e però tutta la indagine a fare nella causa si riduce ad esaminare quali sono e se reggono alla critica gli argomenti che con grande abilità e con molto acume i Martinengo e Cavalli hanno presentato per sostenere la nullità del testamento.

E primieramente eglino hanno fatto appello alla lettera della legge, perchè essa suona così: « la data del testamento ». Per verità se queste sole parole fossero scritte nell'art. 775, neppure esse direbbero quello che i Martinengo affermano, perocchè non indicherebbero altro che una delle formalità richieste per l'olografo, senza dire come, dove e quando deve scriversi. Nè è a dire che il legislatore con le parole « data del testamento » volle considerare la data come una cosa a sè, che bisognava aggiungere al testamento; imperocchè un testamento olografo, senza data, non è testamento; questo esiste sol quando tutti e tre gli elementi sostanziali che lo compongono hanno esistenza. Ma la verità è che le parole: « la data del testamento » sono seguite da queste altre: « deve indicare il giorno, il mese e l'anno », dunque esse parole, facendo seguito alla prima parte dell'art. 775, furono evidentemente adoperate solo per indicare con quali particolarità si voleva che la data venisse specificata. Se invece alle parole « data del testamento », il legislatore avesse voluto attribuire la significazione e la portata che ai ricorrenti piace dar loro, avrebbe dovuto dire, e certamente avrebbe detto « la data del testamento deve indicare il giorno, il mese e l'anno in cui esso è completato »; lo avrebbe dovuto dire, imperocchè è noto

che discussione vi fu nel seno della commissione speciale incaricata delle modificazioni del codice civile intorno alle formalità del testamento olografo, ed è notevole che sebbene la parola *sottoscrizione* (scrittura posta sotto) indicasse da sola e pel suo naturale significato dove dovesse apporsi, pure si credette bene esplicitamente prescrivere che doveva porsi in fine delle disposizioni pel motivo che, come leggesi nel verbale n. 30, « in questa materia importantissima non possono dirsi soverchie le speciali spiegazioni somministrate dalla legge ». Ora ciascun vede come a tanti doppi cresceva il bisogno di dichiarare dove e quando (luogo e tempo) doveva apporsi la data, non indicando questa parola, secondo il suo significato naturale, se non il tempo in cui una scrittura si faccia, senza specificazione se al cominciamento ovvero alla fine di essa. La parola dunque della legge niente dice a favore della tesi dei ricorrenti.

Invoca dappoi il ricorso gl'intendimenti che la data dei testamenti sarebbe destinata a conseguire, e cioè accertare, nella coesistenza di più testamenti, quale sia l'ultimo, accertare se nel giorno in cui il testatore testò aveva la capacità di farlo, ed aveva coscienza e libertà di testare. Ma in contrario è da notare che il discorso dei ricorrenti in fondo in fondo non può che giustificare la tesi generale della necessità della data nel testamento olografo, per fornire materia alle indagini sulla data vera, falsa, incerta secondo le distinzioni fatte nella scuola e nel foro, ma non può efficacemente riferirsi alla questione speciale della causa, che cioè la data debba indicare il giorno nel quale il testamento fu compiuto, e non già l'altro nel quale fu cominciato a scrivere, e ciò perchè quei fini non sarebbero mai, in ogni caso, raggiunti, e inconvenienti si potrebbero sempre verificare. Difatti, supposto che il testamento fosse stato scritto e sottoscritto in un tempo in cui il testatore era incapace, e che fosse stato poscia compiuto con la data in un'epoca nella quale il testatore aveva acquistata la capacità, il testamento sarebbe valido, perchè i ricorrenti dicono che la post-data non mena a nullità, eppure il vero è che la data apposta quando il testatore era divenuto capace, mentre da un lato non distrugge il fatto che le disposizioni contenute nel testamento furono scritte da un incapace, non fornisce dall'altro canto neppure la prova di ciò, perchè rimane ignota l'epoca nella quale furono scritte le disposizioni dall'incapace. Nè si dica che la scritturazione della data in questo secondo periodo, quando cioè il testatore è divenuto capace, convalida tutto intero il contenuto del testamento; imperocchè non saprebbe intendersi il motivo pel quale la scrittura della data dovrebbe avere virtù vivificatrice del testamento, e la virtù medesima dovrebbe invece essere negata alla sottoscrizione, nel caso la data sia scritta prima di questa, e venisse fornita la prova consentita dalla legge, che la data era stata scritta quando il testatore era incapace e la sottoscrizione invece quando era divenuto capace. Il vero è, si ripete, che inconvenienti possonsi verificare in ambo i casi, e la sentenza impugnata non omise di accennarne taluni; ma gl'inconvenienti possibili non autorizzano a richiedere l'osservanza di una formalità non scritta nella legge, e a richiederla sotto pena di nullità.

Prosegue il ricorso affermando che solo può dirsi data vera del testamento « quella del giorno in cui la scrittura delle disposizioni testamentarie fu completa ». Con tale affermazione pare che i ricorrenti vogliano riprodurre il concetto della sentenza di annullamento del 9 marzo 1899, nella quale si legge, che « vera data dell'olografo non può essere che quella che corrisponde al giorno in cui il testamento si compie con la sottoscrizione del testatore »; ma, se è così, l'affermazione non si trova in armonia colla validità della post-data che il ricorso riconosce; imperocchè essa affermazione mena alla conseguenza della contestualità della data con la firma. Difatti se la scrittura delle disposizioni deve chiudersi con la sottoscrizione del testatore, se questa deve essere apposta alla fine di esse (art. 775), e se la data deve essere, secondo il ricorso, quella del giorno in cui tali disposizioni si compiono, segue non potersi considerare vera nel testamento altra data che quella del giorno in cui si sottoscrive il testamento medesimo; ma innanzi si è detto che la contestualità della firma e della data esorbita dalle formalità richieste dall'art. 775, ed è ciò ammesso dalla cattedra e dal foro, e per verità vi consentono gli stessi ricorrenti, e quindi la sopra indicata affermazione dei ricorrenti medesimi non ha valore.

Ma di vantaggio è bene considerare che il testamento è atto di tale importanza da non potersi neppure supporre che chi lo scrive si abbandoni alle idee che alla sua mente si affacciano al momento della scrittura, e che le segua. È invece, almeno per la comune degli uomini, un atto seriamente meditato in tutte le sue parti, onde accade che se per ridurre in iscritto tutte le disposizioni, vuoi per la loro lunghezza, ovvero per altra condizione speciale del testatore, egli non possa compier tutto in un giorno, ma ne impiega più, non per questo, per la sua intelligenza, e per la sua volontà, le diverse disposizioni che vuol dare perdono quel

carattere di unità che già avevano nel suo spirito. Ora egli è del tutto logico e naturale ritenere che nel momento solenne in cui il testatore, quasi ad imprimervi l'orma della sua personalità, sottoscrive il testamento, rannoda ed abbraccia con la sua volontà tutte le disposizioni, e quindi la virtù giuridica delle varie formalità richieste dalla legge, per dar vita valida al testamento olografo, si mutua, e si comunica dall'una all'altra, ed è perciò che la data messa in principio di un testamento scritto in più giorni, non perde, solo per questa circostanza, la sua efficacia; la sottoscrizione, si ripete, rannoda il principio con la fine del testamento. Insomma il testamento olografo non esiste come tale validamente se non quando vi sia il concorso delle formalità volute dalla legge, scrittura di mano del testatore, data, sottoscrizione; pel codice italiano l'una formalità non ha prevalenza sulle altre; occorre sieno tutte osservate, e quando esistono, il precetto della legge è adempiuto. Nè giova insistere sui fini pei quali venne prescritta la formalità della data, fini che non si potrebbero, dicono i ricorrenti, raggiungere se non fosse apposta contemporaneamente o dopo la sottoscrizione, imperocchè, se pur si volesse convenire col ricorso circa quei fini, non potrebbe mai negarsi che i casi di testamenti olografi ipotizzati dai Martinengo, i quali cominciati e datati in un anno, fossero stati poi compiuti e sottoscritti in altro posteriore anno, pure essendo possibili, per quanto rarissimi, o sfuggirono alla mente del legislatore e non avendo nulla prescritto relativamente alla data di essi, nulla può pretendere il giudice; ovvero il legislatore li previde, e non avendo nulla disposto, significa che non lo credette opportuno, e il giudice non deve dalla legge dipartirsi; chè se dal silenzio della legge possono talora derivare inconvenienti, non è certo il potere giudiziario chiamato ad emendarla e ad imporre formalità e restrizioni che il legislatore non ha prescritte.

La Corte di merito considerò « che il criterio per conoscere il momento in cui la data assume vita giuridica non è quello della sua contestualità con la firma, ma della comunicabilità, il quale si presenta assoluto, costante, non suscettibile di contestazione e per ciò applicabile a tutti i testamenti olografi, siano lunghi o brevi »; e i ricorrenti, infaticabili nella sagace critica che voglion fare della sentenza, osservano che la Corte d'appello col trascritto ragionamento « mutò la presunzione semplice della verità della data in presunzione *iuris et de iure*, contro la quale non è ammessa la prova »; che la fede che merita la data di un testamento olografo e il carattere di validità che è impresso in questa non impediscono che possa mettersene in questione la verità e la certezza e non impediscono che quella fede e quella validità cessino quando il testamento o dia la prova, o ingeneri il dubbio che esso porti una data diversa dalla vera, cioè una data ulteriore al giorno della sottoscrizione. Ma a tali censure non può farsi eco. E in vero la Corte di merito premise che Martinengo e Cavalli « non impugnano in questa sede l'autografia della data 1.° agosto 1893 e che corrisponda all'epoca della stessa indicata », e appositamente avvertì potersi nella specie far questione di data inidonea e non già di data non vera; indi argomentò che il legislatore non prescrisse che la data fosse apposta dopo scritte tutte le disposizioni, e quindi uscì nella proposizione alla lettera testè descritta; ora tutta questa motivazione della sentenza rende aperto che la Corte non è già che avesse mutata indole alla presunzione sulla verità della data, perchè, si ripete, la Corte dichiarò che questione di verità non vi fosse, e ritenne invece per la teoria della comunicabilità valida la data apposta in cima ad un testamento scritto in più giorni, e questo evidentemente faceva venir meno, perchè inutili, i ragionari, le dimostrazioni, le prove che i Martinengo e Cavalli facevano e volevano addurre precisamente per mettere in sodo che la data, corrispondente bensì al giorno in cui fu scritta, precedeva però quello in cui il testamento fu sottoscritto, cioè a dire che si voleva provare tutto quello che la Corte di merito riteneva provato, ma non valevole a dimostrare la eccepita nullità.

P. q. m., rigetta il ricorso.

—

TORINO, 26 aprile 1901 — *Pres.* Mussita — *Est.* Massazza — *P. M.* Piroli = Comune di Retorbido c. Berri e Bandi.

1. *Il vescovo della diocesi può intervenire per la prima volta in appello nella causa promossa da un paroco contro un Comune per ottenere aperto al pubblico un oratorio* (1).

(1) Sulla qualità dei vescovi di rappresentanti « degli interessi religiosi e spirituali di quella moltitudine di persone che vive nel territorio della sua diocesi e che sotto il rapporto religioso costituisce una vasta associazione morale » e sulla di lui veste di rappresentare in giudizio siffatti interessi, v. da ultimo A. Roma, 15 giugno 1898, Arc. Bergamaschi c. Vescovo di Bergamo in *Giur. ital.*, 1898, 726; *Legge*, 1898, 2, 803; *Annali*, 1898, 409.

2. *Sono fatti nuovi a sensi e per gli effetti di cui all'art. 229 c. p. c., anche quelli che non furono ignorati e impreveduti al tempo in cui venne dedotta la prova principale* (2).

Si censura la sentenza per essersi riconosciuta in monsignor Vescovo la facoltà di agire congiuntamente al paroco per la tutela di un interesse meramente spirituale e per essersi conseguentemente ammesso il di lui intervento in appello (ove un terzo non può intervenire salvo il caso che la sentenza *inter alios* pronunciata possa costituire per lui una turbativa civile, ossia un pregiudizio di fatto alle sue ragioni), senza punto ricercare se avesse altro interesse suo proprio, un interesse specialmente ed esclusivamente pertinente ad esso come tale; mentre un interesse puramente morale e per solidarietà di sacerdozio non può essere compreso con quell'interesse giuridico, che solo può dar fondamento ad un'azione e legittimare un intervento in causa; e mentre altro è ammettere nel Vescovo un'azione principale, quando si tratti di interessi che, pur non essendo strettamente attinenti alla sua mensa, toccano in genere la diocesi da lui governata, ed altro è l'ammettere nel Vescovo stesso un'azione principale in surrogazione della parochia od in aggiunta e complemento di essa; essendo invece risaputo, per costante giurisprudenza, che la facoltà di rappresentare la parochia compete esclusivamente al paroco.

Devesi al riguardo premettere che per l'art. 491 c. p. c. non si ammette intervento in giudizio di appello se non di coloro, che hanno diritto a fare opposizione di terzo e che pel successivo art. 510 stesso codice il terzo può fare detta opposizione quando la sentenza pronunciata fra altri individui pregiudichi i suoi diritti. La legge non determina in che consista detto pregiudizio; ma è evidente come il medesimo debba essere concreto e di fatto, non meramente astratto e di diritto; dacchè in tale seconda ipotesi gli effetti della pronuncia non potrebbero giungere sino al terzo, che non ne risentirebbe quindi alcun gravame.

Ora a tale principio sarebbesi uniformata la Corte di merito, la quale ammise bensì l'intervento del Vescovo, ma dopo aver premesso, come al medesimo, per l'obbietto dell'attuale causa, avente per iscopo di far riconoscere il diritto di mantenere aperto al servizio pubblico del culto l'oratorio *de quo*, non si potesse diniegare quell'interesse morale e materiale di far valere tutte le ragioni, che potessero dipendere da quel diritto e di far quindi cessare ogni impedimento frapposto al libero e pieno esercizio del diritto stesso; riconoscendo così, almeno implicitamente, e con apprezzamento incensurabile in questa sede, come dalla definitiva pronuncia nella causa, di che trattasi, potesse essere leso quel diritto e derivarne quindi tale pregiudizio da rendere ammissibile l'intervento di esso monsignor Vescovo.

Nè varrebbe eccepire che la rappresentanza della parochia e delle dipendenze parochiali spetti esclusivamente ed essenzialmente al paroco, e non possa ritenersi legittimo quell'intervento. E di vero, pur fatta astrazione dal diritto romano, dal diritto canonico, non che dal diritto comune, non può contestarsi come pur secondo il nostro diritto sieno riconosciute le diocesi; ora, « episcopo obligatio generatim imposita est optimo dioeceseos regimini consulendi », avendo a tal fine pure l'obbligo di una visita ogni anno od ogni biennio, secondo le circostanze (Conc. Trid., sess. 24, *de reform.*, c. 3); niun dubbio che esso Vescovo debba pure avere le facoltà necessarie all'adempimento di tale suo obbligo, atte a raggiungere il suo fine e quindi pur quella di agire all'uopo in giudizio ed intervenirvi: « Episcopus in iudicio agere potest nomine ecclesiae parochialis dioeceseos suæ pro iuribus et rebus eiusdem, etiam si illa proprium rectorem seu parochum habeat, quia episcopus est ordinarius pastor omnium pastorum ut omnes diocesani sunt etiam episcopi parochiani » (*Ius canonicum - De iudiciis*).

Niun dubbio dunque che, data la possibilità di un pregiudizio ai suoi diritti, potesse monsignor Bandi, ad evitare il pregiudizio medesimo, intervenire in appello, anche sul riflesso, che con detto intervento fu posto in grado di presentare quel titolo del 1743, che egli ritenne utile allo scioglimento della controversia. Il mezzo non ha quindi fondamento, e neanche per difetto di motivazione, dacchè motivazione vi fu ed esauriente.

Si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 229 cod. proc. civ. per essersi respinta la prova testimoniale da esso Comune dedotta sull'erroneo riflesso che per fatti nuovi, a sensi del citato art. 229, si dovessero intendere soltanto quelli che, diretti allo scopo di escludere o paralizzare gli effetti della prova principale, non si poterono dedurre, perchè ignorati e non preveduti al momento in cui detta prova principale venne proposta; mentre, soggiungesi dal ricorrente, la lettera e lo spirito della legge e

(2) Sulla prova dei *fatti nuovi*, v. da ultimo le monografie del Cons. De Giulj e dell'avv. Lion nell'*Enciclop. giur.* alle voci *Prova testimoniale*, pagina 658 e segg.; *Fatti nuovi*, pag. 785 e segg.

risprudenza stavano in opposizione a detta strana interpretazione del succitato art. 229. E la censura si presenta, a non dubitarne, fondata.

La legge non richiede punto detta condizione; nè poteva richiederla senza rendere illusoria, pel breve tempo in cui devesi esperire, la facoltà di dedurre la prova su fatti nuovi da essa legge acconsentita. Se poi in alcuni giudicati si accennò alla condizione medesima, ossia alla necessità che quei fatti, per essere ammessi a prova, dovessero essere ignorati e non preveduti, ivi però trattavasi di specie ben diversa; dacchè essendosi di già esperita la prova principale, si faceva questione, se fosse tuttora possibile ulteriore prova su circostanze dapprima ignorate e non prevedute.

Nè varrebbe eccepire che il Comune manchi di ragione e d'interesse per gravarsi della pronuncia del magistrato di merito, per essersi da questo respinte non già le prove da esso Comune dedotte, ma solo l'istanza per l'ammissione dei nuovi capitoli, e per essersi ad un tempo riconosciuta la facoltà nel Comune medesimo di far esperire quella prova come prova contraria di diritto senza d'uopo di esplicita ammissione, dacchè a parte il riflesso, che era pur necessario, che sulla ammissione medesima vi fosse un'esplicita pronuncia, attesa l'opposizione del procuratore di monsignor Bandi, che disse la prova non solo improcedibile, ma ben anche infondata ed inconcludente, si avrebbe che la Corte di merito sugli undici capitoli di fatti nuovi dedotti da esso Comune ebbe a limitare soltanto a sette quelli, che a suo giudizio, potevano essere attinenti ai fatti della prova principale e tendenti direttamente ad escluderli; e rimarrebbe perciò sempre dubbio se il Comune medesimo possa pur avere facoltà di far esperire la prova sugli altri quattro capitoli.

Regge quindi il proposto mezzo per violazione e falsa applicazione del succitato articolo 229 c. p. c.; e devesi conseguentemente in tali limiti cassare la sentenza della Corte di merito, mantenendola ferma nel resto.

P. q. m., cassa e rinvia, ecc.

—

ROMA, 20 aprile 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Janigro — *P. M.* Barracano = Comune di Roma c. Iscokhe & Terrier.

L'interesse legale dovuto dal debitore non commerciante al creditore commerciale per atti anche solo unilateralmente commerciali, è sempre del 6 0/0.

Il ricorso, per dimostrare che la sentenza denunciata incorse nella violazione delle disposizioni di legge accennate quando ritenne che sulle somme spettanti all'impresa resistente fossero dovuti gl' interessi commerciali, piglia le mosse dal principio che la costruzione del ponte Garibaldi, se potè costituire un atto di commercio per l'impresa costruttrice, tale non fu nè poteva essere pel Comune, il quale, con quella costruzione, altro non ebbe in mente che di soddisfare ad una ragione di pubblico interesse; e partendo da questo principio ne inferisce che le obbligazioni per tale costruzione incontrate dal Comune nulla avevano di commerciale, e quindi il suo debito non poteva andar soggetto che agl' interessi del cinque per cento. Ma l'argomento del ricorso si appalesa difettoso nella sua base. Sta bene che il Comune, con la costruzione del ponte, intese provvedere ad pubblico interesse, ma la finalità dell'opera non denatura il rapporto giuridico nascente dal contratto stipulato col costruttore per attuarla, e tanto basta per non poter dubitare che se nei rapporti di questo ultimo, l'atto era di natura essenzialmente commerciale, le sue conseguenze riguardo al Comune rientravano anch'esse sotto il dominio della legge commerciale. Infatti è testo espresso di legge racchiuso nell'art. 54 c. comm. che se l'atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono soggetti alla legge commerciale, fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone de' commercianti e salve le disposizioni contrarie della legge: e poichè per gli atti di tal natura la legge non ha fatto, quanto alla misura degl' interessi, alcuna eccezione, riesce agevole il vedere che quando il ricorso — poggiandosi sull' art. 41 c. comm. così concepito: « I debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto », cerca inferirne che il debito allora soltanto è commerciale quando il debitore sia commerciante, non solo aggiunge alla parola della legge ciò che questa non dice, ma afferma cosa che contrasta apertamente col principio consacrato nel suindicato art. 54 che il legislatore trovò giusto di stabilire nel fine di far cessare il grave sconcio cui dava luogo l'art. 91 c. comm. del 1865, secondo il quale, quando il contratto era commerciale per un solo de' contraenti e non commerciale per l'altro, le obbligazioni che nascevano andavano regolate dalla legge commerciale o civile, avuto riguardo alla persona del convenuto.

La sentenza denunciata adunque, lungi dal violare, fece una esatta applicazione della legge quando ritenne che, data la natura commerciale dell'atto, le somme in dipendenza di esso dovute alla impresa resistente fossero produttive dell'interesse del 6 0/0,

quantunque solo in quanto ad essa l'atto fosse commerciale; e quindi il ricorso vuol essere senz'altro respinto.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

ROMA, 22 marzo 1901 — *Pres.* ed *Est.* Rocco-Lauria = Duranti c. Laurizi.

La convalida della licenza per finita mezzadria esorbita sempre dalla competenza del conciliatore (1).

Con attribuire nella prima parte dell'art. 1 della legge 24 dicembre 1896 la podestà al locatore di far notificare la licenza al conduttore o mezzaiuolo d'immobili per finita locazione, si viene a distinguere il doppio obbietto specifico a cui si mira, alla licenza cioè per finita locazione propriamente detta di case o fondi rustici, ed a quella per finita mezzadria o colonìa.

Posta tale distinzione nella prima parte, ne segue che quando nella seconda si statuisce che ove si tratti di pigione o fitto non eccedenti le L. 300, la competenza appartenga al conciliatore, ed in ogni altra ipotesi al pretore, si fa palese che si volle concedere al conciliatore conoscere della licenza relativa a locazioni propriamente dette, nelle quali solo sono possibili il fitto o la pigione e al pretore di conoscere degli altri casi, val dire dei casi di pigione o fitto superiori a L. 300 e dei casi delle mezzadrie o colonìe di qualunque valore superiore o inferiore a L. 300.

L'art. 5 della ripetuta legge del 1896 concorre ad esplicare il primo articolo nella divisata maniera. E di vero, disponendosi con esso che se la locazione annua degl'immobili non ecceda le L. 300, o se si versi in licenza per terreni non superiori a tre ettari, la citazione avrà luogo in carta libera dinanzi ai conciliatori ed in carta bollata davanti ai pretori, si addimostra che la competenza circa la preveduta quantità minore di tre ettari sia del pretore; in opposto non si saprebbe intendere la ragione per la quale si fosse accennato al pretore tostochè si deferisca al conciliatore la competenza per l'altra ipotesi dell'ammontare del fitto o della pigione non superiore a L. 300. Accade così che per diversa via sorge ugualmente chiaro che in tanto si sia indicato il pretore nell'art. 5, in quanto allo stesso si trova già assegnata nella seconda parte dell'art. 1 la competenza per la licenza delle mezzadrie di qualunque valore. Onde ben avvertirono i giudici di merito che scopo dell'art. 1 sia d'indicare la natura della carta da adoperare negli atti, non la competenza. Non è poi irrazionale che il conoscere della licenza nelle mezzadrie di tenue valore sia stato demandato ai pretori a differenza delle locazioni propriamente dette. La mezzadria presenta una natura complessa di diritto e di fatto. Il conciliatore, che è giudice popolare non sempre giurista, non troverebbe in essa il semplice ed unico criterio dell'ammontare del fitto o pigione. L'art. 4 della medesima legge del 1896 non modifica punto i discorsi principî col richiamo del cod. di proc. civ. nel caso di opposizione alla licenza. Negli art. 70 c. p. c. e 10 della legge 16 giugno 1892 non s'incontra criterio differente, accennandovisi solo a pigioni o fitti, possibili unicamente nelle locazioni propriamente dette, a paro che nell'art. 1 della legge del 1896.

P. q. m., rigetta, ecc.

(1) Cfr. Puca, *Lo sfratto per finita locazione secondo la legge 24 dicembre 1896*, pag. 64 (Milano, *Soc. Ed. Libraria*, 1901).

---

b) — CORTI D'APPELLO.

MILANO, 26 luglio 1901 — *Pres.* Onnis — *Est.* Bulfoni — *P. M.* Allegri = Fall. Cerri.

Non è suscettibile di reclamo la sentenza colla quale il tribunale in Camera di consiglio respinge l'istanza di retrodatazione della cessazione dei pagamenti spiegata dal curatore del fallimento (1).

Dei provvedimenti emessi dal Tribunale in Camera di consiglio, la procedura civile

(1) Scrive a riguardo il Luciani: «Si deve confessare che il codice contiene qui una vera lacuna, perchè l'art. 707 concede il rimedio dell'opposizione solo contro la sentenza che determina ad un tempo anteriore la data della cessazione dei pagamenti; e quella che abbia rigettata l'istanza relativa non può a questa equipararsi . . . All'inconveniente potrebbe agevolmente porsi rimedio in una revisione del codice, dichiarando ricevibile l'opposizione anche contro la sentenza che abbia rigettata la domanda di retrotrazione. Nè questo cozzerebbe col sistema adottato dal legislatore e con la funzione a cui è destinato il rimedio dell'opposizione; perchè se è vero che si renderebbe in quel modo possibile una sentenza, pronunziata dopo la chiusura del verbale di verifica, che determini ad un tempo anteriore la data della cessazione dei pagamenti, è anche vero che la sentenza di reiezione emanata in tempo opportuno renderebbe edotte le parti interessate della questione a cui sa-

ammette tre modi diversi per ottenere la modificazione o la revoca, cioè un nuovo ricorso al Tribunale, il reclamo alla Corte d'appello, il procedimento contenzioso avanti l'autorità competente.

Senonchè il codice di commercio in materia di fallimento, specie per quanto ha tratto alla sentenza dichiarativa di fallimento, a quella che respinge la domanda di fallimento, ed a quella che determina provvisoriamente ad un tempo anteriore la data della cessazione dei pagamenti, cogli articoli 693, 706 e 913 ammette l'opposizione avanti la stessa autorità giudiziaria e l'appellazione contro le relative pronuncie, opposizione da discutersi in contraddittorio del curatore nel primo caso e terzo ed in contraddittorio di colui il quale si domanda il fallimento nel secondo.

E con ciò la legge commerciale, derogando alle regole generali dettate dalla procedura civile, coll'art. 913 e contro le pronuncie ivi indicate, ammette soltanto l'opposizione col procedimento in contraddittorio, non mai il reclamo alla Corte d'appello.

Vero è che nè l'art. 913 nè l'art. 706 contemplano il caso di sentenza di Camera di consiglio che respinge la domanda di retrodatazione della cessazione dei pagamenti; ma da ciò, se potrebbe ragionevolmente desumersi che tale pronuncia non è soggetta ad opposizione od appello, poichè a termini dell'art. 913 questi rimedi formerebbero eccezione alla regola ivi premessa, che tutte le sentenze in materia di fallimento sono provvisoriamente esecutive e non soggette ad opposizione nè ad appello, non potrebbe in nessun modo inferirsi che contro una siffatta pronuncia fosse ammissibile un reclamo alla Corte d'appello per ciò solo che fu emessa in Camera di consiglio o perchè al ricorrente curatore mancherebbe il contradditore.

rebbe in via sentenziosa aperto l'adito, questione i cui limiti verrebbero segnati non dalla retrotrazione effettivamente pronunziata, ma dalla domanda diretta ad ottenerla. Sarebbe quindi escluso ogni pericolo di sorpresa» (*Trattato del fall.*, n. 256). — In una pregevole annotazione nel *Monit. dei Trib.* (a. c. p. 730) l'avv. Riboni osserva che il rimedio comune a tutte le sentenze emanate in Camera di consiglio è il reclamo dell'autorità superiore; che il codice ha stabilito due espresse eccezioni per la sentenza di retrodatazione e quella dichiarativa del fallimento (art. 706 e 693 cod. comm.) perchè questi reclami dovrebbero essere fatti da un creditore o dal fallito in confronto di tutti i creditori o di chi li rappresenta; ma all'infuori di queste eccezioni, mancando un formale divieto di legge, è forza ammettere il reclamo per le altre sentenze emanate in Camera di consiglio e quindi anche per quella che respinge l'istanza di retrodatazione.

—

ROMA, 14 giugno 1901 — *Pres.* Cardona — *Est.* Andreucci = *ric.* Lopez.

1. *La circostanza che un avvocato sia stato d'ufficio cancellato dall'albo in base alla condanna da lui subìta ad una pena superiore a un anno di detenzione non esclude che il Consiglio dell'Ordine possa in seguito, con regolare giudizio in contraddittorio, fondato su mancanza ai doveri professionali, pronunciare di nuovo la cancellazione se la prima sia stata tolta di mezzo dall'autorità giudiziaria* (1).

2. *È prescrittibile l'azione disciplinare che i Consigli dell'Ordine sono chiamati ad esercitare contro gli avvocati che vengono meno ai loro doveri* (2).

Per l'articolo 24 della legge professionale, il Consiglio dell'Ordine, oltre a ve-

(1) Pei precedenti di questa notissima causa, v. A. Roma, 23 gennaio 1901 in *Filangieri*, 1901. 109. — È pure ormai risaputo che la C. S., sulle conformi conclusioni dell'A. G. O. Quarta, ha cassato la pronunzia che riportiamo affermando le massime: che il giudizio disciplinare dei Consigli dell'ordine ha carattere morale più che strettamente giuridico: che quindi l'azione disciplinare competente ai Consigli stessi non può ritenersi soggetta a prescrizione: che quindi ancora la riabilitazione legale ottenuta dall'avvocato pel reato commesso non esclude che il Consiglio possa mantenere la cancellazione dall'albo (Sent. 27 luglio 1901, *Est.* Siotto). Diamo qui la parte più rilevante della motivazione: «Non doveva la Corte smarrirsi in un sentimento di pietà poco vera, quanto poco giuridica. Poco vera, perchè dipende dall'avvocato colpevole riguadagnarsi la stima dei colleghi col sacrificio e coll'espiazione; poco giuridica, perchè gli argomenti d'analogia suppongono l'analogia, che, per le cose discorse, viene a sparire. E fa meraviglia che la Corte di Roma trovi nell'art. 10 c. p la giustificazione inconfutabile del proprio assunto, mentre l'art. 10 parla di materie regolate da altre leggi penali, fra cui non può essere annoverata la legge 8 giugno 1871.

Che se di pene si parla nell'art. 26, in quanto i quattro provvedimenti non possono recar piacere all'avvocato, si dà tosto alle medesime il battesimo di disciplinari quasi per segnalare l'enorme distanza che le divide dal codice penale. Come bene osservava il ricorrente, gli art. 24 e 26 hanno posto in essere il potere censorio, la *castigatio domestica*, che fecero buona prova durante il paganesimo ed esercitano influenza benefica anche ai nostri tempi, circoscritte alla periferia di determinate associazioni, giovando ad accrescere e mantenere vivo il senso dell'onorabilità.

gliare alla conservazione del decoro e dell'indipendenza del Collegio degli avvocati, reprime in via disciplinare gli abusi e le mancanze di cui gli avvocati si rendono colpevoli nell'esercizio della loro professione, e per l'art. 26 può pronunziare le pene disciplinari dell'avvertimento, della censura, della sospensione e della cancellazione dall'albo. Il fatto, di cui l'avv. Lopez veniva incolpato, fu precisamente commesso nell'esercizio della sua professione, o delle sue funzioni professionali, e costituirebbe davvero uno dei più gravi abusi o mancanze del professionista, come affermò la deliberazione impugnata, oltre a costituire anche un reato comune del cittadino. Egli era difensore del G., il cui procedimento terminò colla condanna pronunziata dall'assise di Roma il 24 nov. 1880 e col rigetto del ricorso in cassazione nel 9 e 10 marzo 1881, e in quel frattempo esso difensore avv. Lopez, cioè tra la fine del 1880 e il principio del 1881 — come accerta la sentenza di sua condanna emessa dall'assise di Ancona il 30 agosto 1886 — prendeva dalla casa del suo difeso G. la refurtiva, e scientemente se ne rendeva ricettatore. Risulta poi dagli atti della riabilitazione che il danno alla parte lesa non fu mai risarcito. Ora, se l'avvocato ha per legge il dovere di portare in giudizio anche al ladro una legale difesa, nè legge nè morale gli concedono di aiutare costui a sottrarre e fare scomparire il frutto del reato, e, peggio ancora, di ricettarlo egli stesso, rendendosi a sua volta reo.

I suesposti rilievi valgono a confutare i primi tre mezzi del ricorso, e quella parte del sesto ove i detti mezzi sono anche genericamente compresi.

Ed anzi tutto non è vero che il Consiglio dell'Ordine abbia ecceduto i suoi poteri promuovendo il giudizio disciplinare pel fatto suindicato, il quale rientrava appunto nel n. 2 dell'art. 24, che il Consiglio invocò, ed il quale poteva riverberarsi sul prestigio del Collegio. Secondariamente, la sentenza di questa Corte del 23 genn. 1901, annullando per vizio di forma la cancellazione del 1887 — e riproducendo le dichiarazioni dello stesso avv. Lopez — riconobbe nel Consiglio la podestà di rinnovare il procedimento disciplinare pel decoro e prestigio dell'Ordine, e non già semplicemente in applicazione dell'art. 28 della legge, ossia come conseguenza della condanna al carcere, la quale applicazione poi viene assolutamente contraddetta da esso avv. Lopez, non per ragioni sopravvenute, ma per quelle stesse che esistevano quando egli ammetteva la possibilità di rinnovare il procedimento disciplinare in forma più legale.

Non sussiste che il nuovo procedimento dovesse essere la semplice riproduzione di quello annullato, e non potesse fondarsi sopra disposizioni diverse dall'art. 28. Il fatto attribuito all'avv. Lopez costituiva una infrazione della legge professionale, e quindi poteva dar luogo per sè stesso a procedimento disciplinare. Fu insieme definito, per giudicato di condanna, un delitto comune, e la pena di tre anni di carcere applicata a questo delitto obbligava il Consiglio dell'Ordine a pronunciare la sospensione o la cancellazione dall'albo, in ossequio all'articolo 28 della legge professionale, quale effetto imprescindibile di detta condanna, siccome riconosce lo stesso ricorrente.

Ma se anche la condanna pel delitto fosse mancata, rimaneva pur sempre la infrazione dell'esercizio professionale; ed era questione di comprovare e vagliare tale infrazione, ma non di escludere la legittimità di una repressione in via disciplinare. Nè a questo modo si sdoppia il fatto, bensì viene riguardato nelle sue varie conseguenze ai fini della repressione; ed è la stessa legge che ciò prescrive, perchè nel caso di condanna di un avvocato a determinate pene per reato comune, fa pronunziare la sospensione o la cancellazione non dall'ordinario magistrato, ma ne affida il còmpito coll'art. 28 al Consiglio dell'Ordine, il quale deve compiere un regolare giudizio disciplinare in contraddittorio, pel recente insegnamento suddetto della Corte di cassazione, e qualora omettesse codesto suo dovere, potrebbe esservi eccitato dal P. M. (art. 30), e avendolo adempito nullamente nella specie, come fu ritenuto, lasciava ineseguita una imperativa disposizione della legge professionale. Il giudizio disciplinare deve sempre compiersi nei casi dell'art. 28, e si può compierlo nella ipotesi del n. 2 dell'art. 24. Essendo stato annullato per vizio di forma, e — secondo assume il ricorrente e riconobbe il P. M. —

Sotto tal profilo la Corte di Roma avrebbe dovuto intuire l'invasione che si commetteva nell'imporre al Consiglio un membro finora disistimato per il difetto di sufficiente espiazione, surrogando a questa il materiale decorso del tempo, sia pure di vent'anni, e dimenticando l'art. 92 c. p. che nel caso di reati continuati e permanenti ne misura la prescrittibilità dal giorno in cui ne sia cessata la continuazione o la permanenza.

Ultimo rifugio dei giudici di merito è stata la riabilitazione all'avv. Lopez concessa. Ma qui pure si fece mal governo dell'art. 100 c. p. che fa cessare ogni incapacità perpetua derivante da una condanna: nella specie il Lopez può essere reiscritto domani all'albo, se convince i colleghi d'aver espiato il grave fallo, e non si tratta di condanna penale ».

ritenendo ormai impossibile l'applicazione pura e semplice dell'art. 28, rimaneva facoltativo il normale procedimento in base all'art. 24 per la repressione del fatto riguardato soltanto come infrazione professionale.

In terzo luogo, non è plausibile il concetto che le pene disciplinari della sospensione o della cancellazione dall'albo possano applicarsi soltanto nei casi indicati dall'art. 28, e non mai per le mancanze e gli abusi ai quali si riferisce il n. 2 dell'art. 24. Codesto concetto desume il ricorrente da alcune frasi pronunciate durante la discussione della legge alla Camera dei deputati nelle tornate del 20 e 28 marzo 1874, e sulle quali si adagia anche, a riguardo di un procuratore, la sentenza di questa Corte del 3 dic. 1897, alla quale altre sentenze contraddicono (C. di Venezia 3 ott. 1883 e Cass. di Roma 27 gennaio 1876).

Ma oltrechè le cennate frasi non dicono ciò chiaramente, egli è certo che i discorsi degli oratori nelle discussioni parlamentari possono essere utile fonte d'interpretazione sol quando non contraddicono allo spirito ed alla lettera della legge, qual venne questa definitivamente approvata dalle due Camere e sanzionata e promulgata dal Re. Ora l'articolo 24 della legge attribuisce al Consiglio dell'Ordine di reprimere in via disciplinare gli abusi e le mancanze di cui gli avvocati si rendessero colpevoli nell'esercizio della loro professione; e l'art. 26 dichiara che le pene disciplinari che il Consiglio può pronunziare contro gli avvocati iscritti nell'albo, sono l'avvertimento, la censura, la sospensione dall'esercizio della professione per un tempo non maggiore di sei mesi e la cancellazione dall'albo. Ciascuna di queste pene disciplinari può essere applicata dal Consiglio in conseguenza del procedimento disciplinare, inteso a reprimere gli abusi e le mancanze professionali; e ragionevolmente imperocchè vi possono essere mancanze ed abusi ripetuti, ai quali per la loro gravità sarebbe pena inadeguata e irrisoria l'avvertimento, che consiste nel rimostrare con lettera il mancamento commesso e nell'esortazione a non ricadervi, o la censura, che è una dichiarazione formale della mancanza commessa e del biasimo incorso, ed i quali invece, pur senza costituire un delitto comune punibile col carcere — oggi detenzione o reclusione, art. 22 n. 6 delle disposizioni per l'attuazione del vigente cod. pen. — possono tuttavia importare una tale indegnità, che offenda profondamente anche il prestigio e il decoro del Consiglio degli avvocati, cui pure il Consiglio deve provvedere (Cass. Roma 27 giugno 1876 sopra citata e 5 luglio 1879). L'art. 28, lungi dal limitare l'applicabilità delle pene di sospensione o cancellazione, la rende obbligatoria nei casi di incompatibilità, o di condanna dell'avvocato al carcere ovvero all'interdizione speciale dall'esercizio della professione, o di rilascio del mandato di cattura. Negli altri casi contemplati dall'art. 24 tali pene restano nel prudente arbitrio del Consiglio, salvo il reclamo alla Corte d'appello. E ciò emerge chiaramente dal capoverso dell'articolo 31, il quale dà al P. M. la facoltà di impugnare le deliberazioni del Consiglio favorevoli all'incolpato quando si tratti di sospensione o cancellazione prescritta dalla legge, ossia nei casi dell'art. 28, il che conferma esservi altri casi di sospensione o cancellazione, non prescritta obbligatoriamente dalla legge, ma rimessa al giusto arbitrio del Consiglio nelle repressioni disciplinari, nei quali casi, per la prima parte dell'articolo 31, è concesso all'avvocato di reclamare, e non anche al P. M. Tal principio è inoltre rifermato dall'art. 30 del regolamento 26 luglio 1874, dove si ripete che i Consigli dell'Ordine sono chiamati a reprimere di ufficio, o sul reclamo delle parti interessate o della rappresentanza del P. M., gli abusi e le mancanze che gli avvocati possono commettere nell'esercizio delle loro funzioni giusta le disposizioni degli art. 24, 26 e 28 della legge; denotando così che anche le pene della sospensione o cancellazione, indicate negli art. 26 e 28, possono applicarsi agli abusi o mancanze professionali, e non essere esclusivamente conseguenza imprescindibile dell'incompatibilità, o di condanna per reato comune, o del mandato di cattura.

Sugli altri mezzi del ricorso: ammessa la legittimità del procedimento disciplinare, così come venne istituito, questo, a giudizio della Corte, era però impedito dalla prescrizione. Tale procedimento intende ad applicare pene, come le definisce espressamente la legge, le quali colpiscono l'incolpato nell'onore, e anche nel suo stato professionale, che può costituire talvolta il suo unico patrimonio. Delitti anche gravissimi non sono più punibili, e le più severe condanne perdono ogni efficacia per effetto della prescrizione. Il fatto incolpato all'avv. Lopez rimonta a 20 anni indietro, e in venti anni si estingue qualunque azione, eziandio per delitti punibili coll'ergastolo (art. 91 c. p.).

Vero è che la legge professionale non parla di prescrizione dell'azione disciplinare, ma suppliscono i principî generali del diritto, i quali al decorso del tempo attribuiscono la forza giuridica di distruggere ogni azione penale e civile, ed ogni obbligazione ed ogni colpa; e supplisce la generale disposizione dell'art. 10 del vigente cod. pen., dove è stabilito che le disposizioni di esso codice si

applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali in quanto non sia da questo diversamente stabilito. E non potendo disconoscersi che la legge professionale del 1874, in quanto attiene alla repressione di abusi e mancanze in via disciplinare, ed all'applicazione delle pene, specialmente di sospensione o cancellazione, sia una legge penale, è chiaro che anche a questa debba estendersi l'istituto della prescrizione regolato dal codice, perchè essa legge non stabilisce diversamente. La Cassazione di Roma, colla sentenza 16 giugno 1876 — già dichiarò prescrittibile, pur senza espressa disposizione di legge, l'azione disciplinare contro avvocati per le mancanze contemplate negli art. 632, 633 e 635 c. p. p., e punibili anche colla sospensione; e se lasciò indeciso — perchè la causa non ne richiedeva una concreta soluzione — il dubbio sulla prescrittibilità delle azioni disciplinari regolate dalla legge del 1874, pure fermò principî i quali anche a queste si attagliano; e ad ogni modo il dubbio viene eliminato dalla espressa dizione dell'art. 10 del vigente cod. pen. promulgato nel 1889. Può discutersi se il termine della prescrizione per le pene della sospensione o cancellazione sia di dieci anni — come nel caso d'interdizione perpetua o temporanea, — ovvero di sei mesi, come nel caso di sospensione dall'esercizio di una professione, ovvero di tre anni, argomentando dal n. 2 dell'art. 30 della legge 1874; ma in ispecie ogni più lungo termine è decorso, computandolo sia dalla perpetrazione del fatto, sia dalla condanna e sia dalla espiazione della pena applicata al fatto qual reato comune. Nè vi fa ostacolo la circostanza che l'avv. Lopez, in conseguenza delle deliberazioni dell'ottobre 1887, rimase sinora cancellato dall'albo, imperocchè essendo annullate quelle deliberazioni, la cancellazione si ha giuridicamente come non mai avvenuta e non ha quindi veruna efficacia, nè quelle deliberazioni si potrebbero oggi rinnovare pronunciando la cancellazione come conseguenza legale della condanna al carcere ed in applicazione dell'art. 28 della legge, perchè a ciò si opporrebbe la riabilitazione conseguita dall'avv. Lopez, la quale, per l'art. 100 c. p., fece cessare ogni incapacità derivante dalla condanna, e quindi anche quella incapacità che si traduce nella cancellazione dall'albo, riguardata questa come effetto imprescindibile della condanna al carcere, anzichè come pena per sè stante e propria della infrazione professionale repressa in via disciplinare.

Pertanto, prescritta l'azione, non poteva aver luogo la pronunciata cancellazione, la quale deve annullarsi.; mentre va riservato poi al Consiglio, od al presidente, di emettere i dovuti provvedimenti sulla domanda presentatagli dall'avv. Lopez il 17 marzo 1901 per la comprensione del nome di lui nell'albo degli avvocati.

P. q. m., ecc.

—

MILANO, 14 maggio 1901 — *Pres.* Lado-Manca — *Est.* Nicolini = Junghaus & Herion c. Alemagna.

È valida la clausola compromissoria nella quale è riservata ai due arbitri, nominati uno per ciascuna delle parti, la nomina del terzo (1).

La ditta Junghaus & Herion, risollevando le eccezioni già proposte in prime cure, dice:

I. Che il patto compromissorio è nullo, sia perchè gli arbitri dovevano essere nominati tutti consensualmente dalle parti e non si poteva deferire la nomina del terzo arbitro ai due arbitri eletti, uno da ciascuna parte; sia perchè secondo il tenore del patto compromissorio, il terzo arbitro dovrebbe intervenire soltanto allora che i due primi negozianti-arbitri eletti come sopra dalle parti non andassero d'accordo;

II. Che il patto compromissorio lo si doveva ritenere rinunciato dalla ditta Alemagna.

Il nostro codice di procedura civile non contiene alcuna disposizione la quale in tema di clausola compromissoria, come è nella specie, e per il caso in cui il giudizio nelle controversie che possono nascere in un determinato contratto è stato deferito a tre arbitri, vieti che la nomina del terzo arbitro sia abbandonata alla scelta dei due arbitri eletti dalle parti.

La giurisprudenza poi in casi uguali si è ripetutamente affermata per la validità del patto compromissorio, mediante il quale siasi convenuto dai compromittenti che il terzo arbitro sarebbe stato nominato dagli altri due, da essi indicati, oppure indicati l'uno dall'autorità giudiziaria, il secondo da uno dei contraenti, quando l'altro si rifiutasse alla nomina del proprio arbitro. Non regge quindi sotto questo aspetto il primo appunto che si fa alla sentenza reclamata in quanto ritenne valida la clausola compromissoria in disputa.

Ma non è fondata neppure la seconda obbiezione che si muove dalla ditta Junghaus

(1) Cfr. Cass. Torino, 17 marzo 1893 in *Filangieri*, 1893, 2, 155. A. Milano, 28 marzo 1892 (*Ib.*, 1892, 2, 602). MATTIROLO, *Tratt.*. I, 661; MORTARA, *Man. di proc. civ.*, II, n. 1048; LESSONA, *Arbitramento*, nella *Encicl. giur.*, pag. 597.

& Herion contro la validità della detta clausola compromissoria. La dizione dell'art. 12 del contratto 17 luglio 1898 è troppo chiara per poter farla oggetto di interpretazione e si rifiuta poi in modo assoluto alla interpretazione che tenta darvi la ditta Junghaus & Herion.

I due negozianti-arbitri segnalati da quell'articolo e da eleggersi uno per ciascuno dalle parti non devono da soli dirimere le controversie insorte fra la ditta Gaetano Alemagna e la ditta Junghaus & Herion, salvo il farle decidere da un terzo arbitro da essi eletto nella contingenza che essi non potessero mettersi d'accordo. Le controversie secondo quell'articolo devono essere decise da tre arbitri, due dei quali sono scelti dalle parti, ed il terzo viene eletto da questi due: dimodochè sono tre gli arbitri che devono pronunciarsi nelle questioni, e non due come pretenderebbe la Ditta appellante.

—

PALERMO, 6 maggio 1901 — *Pres.* Baviera — *Est.* De Feo = Olivert c. Abbate.

L'operaio che incontrò la morte per aver voluto introdursi abusivamente a lavorare in un locale chiuso come pericoloso per espresso ordine dell'imprenditore non può considerarsi morto per infortunio sul lavoro agli effetti della liquidazione dell'indennità di assicurazione.

Oggetto del presente giudizio promosso da Abbate è una domanda di pagamento di L. 4845 proposta contro la Società di assicurazione « Alleanza », a titolo d'indennità che l'attrice sostiene esserle dovuta in base alla legge 17 marzo 1898 relativa agli infortuni degli operai sul lavoro a seguito della morte di suo marito Pillitteri, avvenuta nella miniera Scianna il 7 marzo 1900. Tale domanda, contrastata dalla Società, la quale sosteneva trattarsi di sinistro provocato dallo stesso Pillitteri con imprudenza e temerarietà e di lavoro compiuto contro il divieto dell'esercente ed in contravvenzione alla legge, venne respinta dal tribunale di Termini Imerese.

Dall'inchiesta giudiziaria praticata il 9 marzo 1900 in conformità dell'art. 67 del regol. 25 sett. 1898 per l'esecuzione della suddetta legge, venne a risultare che, riconosciuto assai pericoloso un punto della miniera Scianna, fu espressamente proibito a tutti gli operai compreso il Pillitteri di lavorarvi, e a tal uopo il relativo cantiere venne chiuso con traverse di legno murate in senso orizzontale per segregarlo dalla sfera di esercizio della miniera stessa; che il mattino del 7 marzo il capo maestro, facendo il giro della miniera prima d'iniziare i lavori, trovò smossa una traversa, e fattala subito rimettere a posto rinnovò l'avvertimento e la proibizione agli operai; che ciò nonostante dopo alcune ore il Pillitteri e due suoi compagni, allontanatisi furtivamente dal proprio cantiere di lavoro, divelsero, in onta al divieto, le traverse del cantiere chiuso, e con una di esse esercitarono spinta contro un grosso blocco di minerale che precipitando aveva investito e prodotto la morte del nominato Pillitteri.

È a rilevare inoltre in linea di fatto che per l'infortunio anzidetto venne iniziato procedimento penale, il quale ebbe termine con sentenza 21 dic. 1900, che dopo aver riconosciuto essersi fatto dall'esercente e dal capo maestro tutto quanto era prescritto dalla legge sulla polizia delle miniere a prevenire gli infortuni, e che nella specie il sinistro doveva attribuirsi ad imprudenza del Pillitteri, dichiarò non essere luogo a procedimento penale per inesistenza di reato.

Nell'interesse dell'appellante si cerca in linea di fatto diminuire l'importanza dell'inchiesta giudiziaria per venire poi in tema di diritto a sostenere che quand'anche sia vero ciò che da essa risulta, l'imprudenza del Pillitteri non toglie ai suoi eredi il diritto alla indennità di assicurazione. Riguardo all'inchiesta l'art. 67 del regolamento 25 sett. 1898 la prescrive in modo tassativo, disponendo che per ogni caso di infortunio l'autorità di P. S. deve immediatamente rimettere la denunzia al pretore, il quale vi procede nel più breve tempo possibile, ed in ogni caso entro 48 ore, nel contradditorio degli interessati, al fine di accertare le cause e la natura dell'infortunio, lo stato dei feriti, il salario giornaliero degli operai colpiti, la loro condizione di famiglia. È evidente che la legge nel disporre un'inchiesta così sollecita e così circostanziata si prefigge il duplice scopo, quello cioè di evitare che si disperdano o si alterino le traccie permanenti dell'infortunio, o si dia il tempo ad artificiose combinazioni dirette ad eludere gli scopi umanitari e sociali che essa legge si propone, e l'altro di assicurare il risarcimento al povero operaio vittima innocente del proprio lavoro. Non si può quindi disconoscere che l'inchiesta giudiziaria abbia una forza probante, la cui efficacia non è lecito distruggere con semplici e nude affermazioni contrarie. Ora a parte le dichiarazioni dell'esercente e del capo maestro che si vogliono qualificare interessate, non vi è motivo per non credere a quelle dei due compagni del Pillitteri scampati al sinistro, i quali riferiscono la proibizione ripetuta nel mattino del 7 marzo di accedere in quel cantiere, il loro accesso malgrado il divieto ed eludendo la vigilanza del capo maestro, ed infine il modo imprudente come con minimo

sforzo si volle ottenere la caduta del grosso blocco di minerale. Ed oltre a ciò vi è un elemento sicuro ed indiscutibile di convinzione nella perizia la quale accerta che trattavasi di cantiere chiuso con sbarre di mezzi murali veneti assicurati alle pareti in senso orizzontale. Deve quindi ritenersi nel difetto di qualsiasi prova contraria che da parte dell'esercente si ottemperò sufficientemente a quanto in linea di prevenzione era prescritto dall'art. 4 della legge 30 marzo 1893 sulla polizia delle miniere e dell'art. 4 e 7 dell'altro regolamento 18 giugno 1899 sulla prevenzione degli infortuni nelle miniere, giacchè per *chiusura* di un locale abbandonato non deve intendersi una porta od un muro, come sostiene l'appellante, ma è sufficiente che il locale sia chiuso con sbarre murate in modo da impedire l'accesso abusivo degli operai e da separare così materialmente il cantiere pericoloso da quello ove normalmente si esercita l'industria. Tanto è ciò vero che nell'art. 4 citato regolamento 18 giugno 1899 si dice che nell'interno delle miniere o cave sotterranee gli sbocchi delle gallerie nei pozzi di estrazione od altri non destinati al transito devono essere costantemente custoditi ed essere *sbarrati* in modo da impedire al personale della miniera di accedervi abusivamente, e nel successivo art. 7 si aggiunge che dovrà essere impedito mediante *chiusura* l'accesso ai cantieri riconosciuti pericolosi e nei quali il lavoro sia stato sospeso, il che importa che il legislatore prevede anche la chiusura con sbarre e la ritiene sufficiente.

Ciò premesso in fatto, la quistione giuridica che si presenta all'esame della Corte è quella di vedere se per infortunio del lavoro che dà diritto all'indennità di assicurazione debba intendersi anche quello che avviene in luogo chiuso alla lavorazione ove l'operaio si è introdotto abusivamente contro il divieto dell'esercente e quindi in contravvenzione alla legge. Basta porre la quistione, per risolverla in senso negativo, imperocchè la garanzia della legge non si estende a tutti i rischi possibili derivanti da qualsiasi infortunio, ma si riferisce soltanto ai rischi che pongono in pericolo la integrità personale dell'operaio nel sito ove normalmente si esercita l'industria. In questa sola sfera di azione la legge non assegna alcuna gradazione al rischio, e qualunque sia il pericolo a cui l'operaio si è esposto, disprezzando anche imprudentemente la propria vita pel maggior vantaggio dell'industria, gli è dovuta senza dubbio l'indennità. Ma quando invece il lavoro che è stato causa del rischio si è compiuto in un cantiere chiuso ed abbandonato e non rientra nella cerchia normale dello svolgimento dell'industria, il diritto alla indennità viene meno, perchè non riattaccandosi il rischio a quella speciale attività personale garantita dall'assicurazione, manca il nesso tra ciò che era garantito e ciò che si è compiuto dall'operaio. Se quindi l'operaio pagato a cottimo, come avviene nelle zolfare, lusingato dalla prospettiva di un maggior guadagno, lascia il cantiere normale della lavorazione e va ad estirpare lo zolfo in un luogo pericoloso il cui accesso è stato vietato e chiuso, per ottenere con sforzo minimo la caduta del minerale, egli, essendo in contravvenzione alla legge, non può da questo suo fatto illecito trarre argomento per indennità contro l'assicuratore, imperocchè la legge 17 marzo 1898 in omaggio ai principî in essa consacrati e per quanto largamente la s'interpreti, non si può estendere fino a ritenere che l'operaio goda dell'assicurazione anche per un lavoro vietato, quand'anche connesso con l'industria, ma compiuto abusivamente in un luogo vietato e per sola temeraria imprudenza. Una diversa interpretazione allargherebbe senza misura i confini di una legge protettrice dell'operaio che lavora entro l'orbita dell'industria permessa ed invigilata dall'esercente, giacchè, non sarà inopportuno il ripeterlo, dove l'industria non si estende, non vi può essere assicurazione, e vi è soltanto il contravventore che non è protetto.

—

GENOVA, 28 gennaio 1901 — *Pres.* Ferrari — *Est.* Ottone = Raffis c. Garibaldi.

Anche alla madre naturale si applicano le disposizioni degli articoli 237 e 238 c. c. riguardanti la madre di figli legittimi la quale intenda passare a nuovo matrimonio (1).

Ricorso: Con deliberazione 13 marzo 1900, apposito consiglio di tutela, convocato dal pretore di Chiavari, toglieva in base agli art. 237 e 238 c. c. a Garibaldi Maria di G. B. coniugata Rossi, da Terisso (Comune di Nè), l'amministrazione del patrimonio del minorenne suo figlio naturale Raffis Antonio, da essa riconosciuto legalmente, nominandogli un curatore nella persona di Pessagno Giovanni sindaco di Nè. Ma il tribunale di Chiavari con decreto 22 marzo 1900 rifiutava l'omologazione a tale deliberato ritenendo non applicabile alla madre avente la tutela legale del figlio riconosciuto (art. 184 c. c.) le disposizioni

(1) Cfr. da ultimo A. Milano, 18 settembre 1899 (citata nel testo) in *Filangieri* 1900, 133 colla nota in senso difforme.

degli art. 237 e 238 che parlano della madre la quale voglia passare a nuovo matrimonio: la Garibaldi-Rossi, invece, avrebbe contratto un primo ed unico matrimonio.

Tale decreto merita di essere intieramente revocato come contrario alla parola e allo spirito della legislazione patria. Secondo esso, infatti, il figlio illegittimo, debole, solo, privo di parenti, avrebbe meno protezione del figlio legittimo, mentre tanto più ne abbisogna: contraddizione che sarebbe estremamente incivile apporre al legislatore. Nè conta che nell'art. 184 non siano, con il 233, richiamati gli art. 237 e 238 c. c., perchè un rimedio non può logicamente escludere l'applicazione dell'altro, resa possibile e necessaria dal noto ditterio « ubi eadem ratio, et ibi eadem legis dispositio », sancito nell'articolo 3 disp. prel. c. c. E in analoga fattispecie questo riconfermò la Cassazione di Torino (Canesi c. De Taddei, 8 agosto 1900, *Giurisp. it.* LII, 773-775, I) pronunciando che « l'obbligo di convocare il consiglio di famiglia per provvedere alla tutela del figlio minorenne quando avvenga che la madre vedova passi a seconde nozze, si estende anche al caso di passaggio a matrimonio della madre investita della tutela legale di un figlio procreato in antecedente unione non legittima ».

Conclusioni del P. M.: Sembra che non possa dubitarsi dell'errore di diritto nel quale è caduta la Camera di consiglio col denunciato suo decreto. Ed invero i criteri giuridici ai quali essa si è inspirata per negare la richiesta omologazione sono con molta dottrina combattuti dalle diverse Corti d'appello e di Cassazione del regno, le quali, per i motivi che si leggono sinteticamente riprodotti nel presente ricorso, interpretando colle norme dell'art. 3 disp. prel. c. c. gli art. 237, 238 del codice stesso, hanno stabilito che, questi articoli si applicano anche alla madre che avendo prole naturale legalmente riconosciuta, voglia contrarre matrimonio (V. Cass. Torino 8 agosto 1900, C. Milano 18 sett. 1899, Cass. Napoli 27 novembre 1889 in *Giurisp. it.*, vol. LII, p. 773 e 367, e vol. I, 1890, p. 447).

Si opina per l'accoglimento del ricorso.

A. Bandettini, S. P. G.

Decreto: — Il tribunale venne indotto a così provvedere da che l'art. 184 c. c., nel dichiarare che il genitore che riconobbe il figlio naturale ne ha la tutela legale durante la minore età, soggiunge che sono applicabili a siffatta tutela le disposizioni degli art. 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 e 233 relative alla patria podestà, ma non richiama altresì le disposizioni degli art. 237 e 238 le quali in conseguenza non devono ritenersi nella specie applicabili; e d'altra parte, se il Raffis avesse fondato motivo di lagnarsi dell'amministrazione della madre sua, potrebbe provvedersi a norma dell'art. 233 precitato.

Ma nell'art. 184 furono richiamate soltanto quelle disposizioni relative alla patria podestà di cui poteva riuscire dubbia l'applicazione: prova ne sia che non si accennò all'art. 220; mentre non puossi dubitare che anche il figlio naturale debba onorare e rispettare i suoi genitori e rimanga soggetto alla loro podestà sino all'età maggiore od all'emancipazione, com'è prescritto nell'ora citato art. 220. Bensì, dovendosi risolvere la questione secondo la *mens legis* e con argomenti di analogia (art. 3 disp. prel.), non si può non essere persuasi che, se per la vedova, che passi a seconde nozze, si è creduto opportuno di provvedere alla miglior tutela degli interessi dei figli di primo letto colle disposizioni degli art. 237 e 238, sono queste da applicarsi a maggior ragione nel caso di donna libera che abbia un figlio naturale riconosciuto e voglia contrarre matrimonio. E che non altro sia lo spirito delle citate disposizioni, lo conferma l'art. 261 ult. capov., perchè, se al consiglio di tutela sono comuni le disposizioni riguardanti i consigli di famiglia, se ne induce che, siccome nella ipotesi dell'art. 237 deve convocarsi e deliberare il consiglio di famiglia, così nel caso di cui trattasi doveva convocarsi e deliberare il consiglio di tutela.

—

TRANI, 22 gennaio 1901 — *Pres.* Nubila — *Est.* Maione = Lefevre c. Lefevre.

1. *La sentenza penale di condanna in quanto accerta l'esistenza del fatto colposo fa stato nel giudizio civile in confronto del civilmente responsabile* (1).

2. *Il padre è responsabile del malefatto del figlio il quale abbia urtato un compagno in modo da determinarne la caduta, con frattura di una gamba* (2).

3. *Ad esonerare da tale responsabilità non basta provare che il padre era assente e che il figlio era di natura ribelle* (3).

Si eccepisce essere improponibile l'azione di danni nel rapporto di Carlo Lefevre

---

(1) Cfr. da ultimo Cass. di Torino, 18 gennaio 1900 in *Filangieri*, 1900, 767 col richiamo.

(2-3) V. da ultimo un caso di esclusione di responsabilità del genitore per malefatti del figlio: Cass. Palermo, 9 giugno 1900 in *Filangieri*, 1901, 141.

quale responsabile civile, poichè costui non partecipò al giudizio penale, e conseguentemente il giudicato penale non può essere operativo rispetto a lui; non sussistere la prova della colpa del padre per quanto si attiene all'operato del figlio; doversi in ogni caso respingere l'istanza o circoscriverla in più giusti limiti.

Dalla legge e dai principî cui essa si inspira si è fatto giusto governo allorquando si è dai primi giudici sentenziato che il non avere il responsabile civile preso parte nel giudizio penale non è ostativo all'esperimento dell'azione di danni verso di lui. In vero il giudicato penale non può reputarsi *res inter alios* nel rapporto del responsabile civile, esso fa stato *erga omnes quoad factum*. Sicchè ammesso il fatto del minorenne quale il magistrato penale lo ammise, promana anche legittimo corollario che il padre ne debba rispondere civilmente, a meno che non provi di non aver potuto impedire il fatto delittuoso. Ricorrere alla indipendenza della giurisdizione, invocare la separazione che disgiunge il giudizio penale dal civile, importa generare una deplorevole confusione fra la cosa giudicata penale e quella civile, il vero *quoad factum* che scaturisce dal giudicato penale, non si restringe alla sola persona del reo, ma distende il suo pensiero sopra tutti, in maniera che il fatto ammesso in giurisdizione penale rimane costante ed intangibile.

Ora se rimane costante il fatto, che il minorenne, cioè, ha commesso la lesione involontaria in persona di Giuseppe Lefevre, consegue così, come effetto da sua causa, la responsabilità del padre, e si consostanzia nel fatto delittuoso del figlio accertato mercè il giudicato penale.

Dalle discorse cose consegue che punto non rileva ai fini della responsabilità civile, non avere il padre partecipato al giudicato penale che ebbe termine con la condanna del figlio minore. Il fatto posto in sodo dal giudicato penale è indiscutibile *quoad omnes*, quindi accertato il fatto delittuoso del figlio minore, il genitore si presume in colpa per non avere mediante una sana e vigilante educazione impedita l'azione riprovevole del minorenne.

La questione vera della causa è il fatto imprudente, ineducato e scorretto del minore, il quale trascende, benchè per ischerzo, ma abbastanza villano, a dare tale una forte spinta all'altro giovanetto Roberto Lefevre, da farlo andare ad urtare contro il padre Giuseppe Lefevre, il quale cadde e riportò la frattura della gamba, genera la responsabilità del padre? La risposta non può essere dubbia: non si è obbligati solo a rispondere per i danni che si cagionano col fatto proprio, ma anco per quelli che vengono arrecati col fatto delle persone sopra le quali si ha il dovere di vigilanza perchè l'indirizzi a bene più che a male. Principalmente è obbligato il padre per i danni cagionati dal minore abitante con lui, mentre l'appellante ha asserito che suo figlio abita altrove con un congiunto, ma ciò non ha cercato provare, rendendosi perfino contumace in questa sede. La patria podestà non costituisce soltanto un diritto, ma comprende tutta una serie di doveri.

Non si obbietti che queste sono considerazioni morali, non valutabili dai magistrati, i quali devono ispirarsi soltanto a considerazioni giuridiche; poichè nella materia di che si disputa la morale si confonde col diritto; la debolezza, la negligenza dei genitori è colpa e la colpa determina la responsabilità. E siffatta colpa il legislatore la presume, perchè il padre e la madre hanno bastevole imperio per mantenere i loro figli nei limiti del dovere e del rispetto verso gli altri. Se i figli li violano, ciò dimostra rilassatezza della disciplina domestica, tale è la regola. A simigliante regola havvi unica eccezione: ed è quella contemplata dall'ultimo capoverso dell'art. 1153 c. c., la responsabilità non ha luogo quando i genitori provano di non aver potuto impedire il fatto: « culpa caret qui vult sed prohibere non potest ».

Tali principî nella specie applicando si ha che l'operato delittuoso di Roberto Lefevre altra cosa non sia che la conseguenza di una cattiva educazione; lo rileva il fatto stesso. Non si dica che il padre era assente, e non trovandosi sul luogo non poteva vigilare il figlio, mentre è rifermato in dottrina che non basta essere avvenuto il fatto nell'assenza del padre, perchè cessi la responsabilità del medesimo. Il padre è in colpa solo perchè lascia il figlio in abbandono e nell'ozio. Non si obbietti inoltre che il Lefevre avesse per avventura natura ribelle. A siffatta obbiezione ben si potrebbe rispondere: è l'educazione che deve combattere i vizî, ed allorchè il naturale del figlio è vizioso, è questa una ragione per vigilarlo da presso; ciò accresce il dovere e la responsabilità del padre.

---

c) PRETURE.

CAGLIARI (I Mand.), 13 aprile 1901 — *Pret.* Andria = Fadda c. avvocato X.

Sono da ritenersi sottratti a pignoramento i mobili che arredano lo studio d'un avvocato e che si possono considerare come necessari per l'esercizio della professione (1).

Il signor Fadda Antonio, creditore cambiario di L. 225 verso l'avv. X, faceva pignorare fra altro in odio del medesimo due librerie di legno tinto nero, una scrivania di legno bianco ed altro tavolo con tiretto esistenti nello studio del predetto avvocato. Il quale faceva perciò opposizione, sostenendo l'impignorabilità degli oggetti sovra descritti a norma dell'art. 586 n. 2 c. p. c. ed otteneva la sospensione degli atti esecutivi, decretata da questa pretura nel 25 febb. 1901.

Comparse quindi le parti in udienza, l'attore deduceva la prova testimoniale per stabilire come gli oggetti sovra descritti fossero i soli che si trovassero all'atto del pignoramento nel suo studio di avvocato, annesso alla di lui abitazione, e come fossero tutti necessari all'esercizio della sua professione.

Il convenuto Fadda ammetteva i fatti dedotti a prova, e si opponeva perciò all'ammissione di questa, concludendo in via principale pel rigetto della fatta opposizione, con vittoria di spese, ed in via subordinata per dichiararsi le spese compensate.

L'X conchiudeva per dichiararsi impignorabili gli oggetti sovra indicati, colla condanna del Fadda nei danni da accertarsi e liquidarsi colle spese del giudizio.

In seguito all' ammissione per parte del Fadda dei fatti che si volevano provare dall'opponente, non può cader dubbio sul favorevole accoglimento della fatta opposizione. Se infatti non si contrasta che i mobili come sopra pignorati siano necessari per l'esercizio della professione di avvocato, che esercita l'opponente, è certa la loro impignorabilità; perocchè, non essendo privilegiato il credito per il quale si procedette all'esecuzione, dovevano escludersi da questa quelli fra gli oggetti sovraindicati che avrebbe scelto il debitore fino alla concorrenza di L. 500 (art. 586 n. 2 c. p. c.), mentre a tale scelta non fu invitato, nè risulta se nel suo studio vi siano rimasti degli oggetti superiori alle lire 500.

Che se anche il Fadda non avesse ammesso che gli oggetti pignorati fossero necessari all'esercizio della professione dello avv. X, bastava il fatto che i medesimi fossero i soli mobili esistenti nel suo studio per dedurne l'impignorabilità a norma del citato articolo.

È ovvio invero che per l'esercizio della professione di avvocato è necessario uno studio, ossia una stanza per studiare, scrivere e conservare i libri e le carte; come pure che per la regolare conservazione dei libri sono indispensabili mobili appositi, volgarmente detti librerie: che le carte soglionsi riporre nelle così dette *étagéres*; e che lo scrivere non è agelvolmente possibile se non sopra appositi tavoli e scrivanie.

Ora se nello studio dell' X esistevano due librerie, una sola *étagére* e due tavoli, è evidente che tutti questi mobili costituivano l'indispensabile corredo dello studio, ed erano conseguentemente necessari all'esercizio di avvocato.

Non può portare a diversa conclusione il fatto, sul quale ha voluto fare assegnamento il Fadda, che lo studio dell'X trovavasi annesso alla di lui abitazione. Da ciò vorrebbe forse dedurne che poteva rifornire lo studio di altri mobili esistenti nell'abitazione; senonchè devesi osservare al riguardo che contemporaneamente furono pignorati altri mobili anche nell'abitazione, e non si sa se ve ne siano rimasti.

---

(1) Sul « significato e l'estensione della locazione ed *altri oggetti necessari per l'esercizio dell'arte del debitore* usata nell'art. 568, n. 2 cod. proc. civ. », si vegga la pregevole monografia del MORTARA, con questo titolo, nel *Foro ital.*, 1891, 1, 1225. V. pure nel *Filangieri*, Trib. S. M. Capua-Vetere, 1.° luglio 1895 e Cass. Roma 7 agosto 1891 a pagg. 779 del 1895 e 257 (parte II) del 1892.

Giurisprudenza Penale

CORTE DI CASSAZIONE.

15 giugno 1901 — *Pres.* Giorgi — *Est.* Racioppi = Società di Navigazione sul Lago di Garda c. Ministeri di Agricoltura, del Tesoro e dei LL. PP.

Le caldaie a vapore *dei piroscafi galleggianti sui laghi sono soggette alle norme stabilite dal regolamento 27 giugno 1897 sulle caldaie a vapore, anche se detti piroscafi siano appartenenti ad imprese concessionarie dal Governo del servizio di trasporto, e soggette ad alcune forme di sorveglianza governativa* (1).

Ciò premesso, tutto il merito della contestazione è in sostanza in questo esame cioè: Se data la natura del regolamento 27 giugno 1897 quale disposizione generale di ordine pubblico, debba esso non applicarsi nel caso speciale all'Impresa di Navigazione sul Garda in quanto che — dessa è concessionaria di un pubblico servizio — è già sottoposta alla sorveglianza medesima a cui si riferisce il regolamento del 27 giugno, e si trova, inoltre, nel caso speciale dell'articolo 58 n. 1 che l'escluderebbe, in riferimento alle istruzioni annesse al regolamento del 31 ottobre 1873.

Innanzi tutto non vi può essere dubbio di sorta che il regolamento 27 giugno 1897, emanato in esecuzione della legge di P. S. (art. 27, 28) pure di ordine pubblico, è di tale pubblico interesse quale è la incolumità e la sicurezza personale di tutti coloro addetti al servizio di quei complicati e potenti e pur pericolosi congegni meccanici, che servono a trasformare i liquidi in vapore a pressione superiore a quella dell'atmosfera. Ed è fuori contestazione che tale ordine di disposizioni attinenti alla pubblica sicurezza si applicano a tutti coloro che facciano uso di simili strumenti, arnesi o recipienti, a meno che speciali disposizioni di leggi non li escludano, o, per avventura non li dispensino.

A cosifatte prescrizioni di pubblico interesse non può sottrarsi l'Impresa di Navigazione sul Garda, quale concessionaria di un pubblico servizio. Quale concessionaria del servizio della Navigazione a vapore sul lago di Garda, l'Impresa, che è pure Società commerciale, è dessa, e non è l'Amministrazione governativa, la utente di caldaie a vapore che servono ai galleggianti dei quali l'Impresa fa uso per mettere in atto la finalità della concessione. E se così non fosse, non sarebbe concessionaria di un pubblico servizio, del cui esercizio fa suoi tutti gli utili, ma una semplice locatrice di opere, al che contrasta tutta la convenzione su cui l'Impresa fonda il suo diritto, e per la quale essa entra in pieno possesso del materiale galleggiante sul Lago per tutto il periodo di tempo che dura la concessione stessa, salvo all'Amministrazione di riprenderlo, a periodo compiuto, in istato di normale manutenzione secondo i dati del contratto.

Nè l'Impresa può essere esclusa dall'applicazione del regolamento 27 giugno 1897 in virtù del suo contratto; sia perchè, in generale rapporti contrattuali non si possono soprapporre, nè possono annullare o modificare rapporti od obblighi emergenti da disposizioni di diritto pubblico; e sia perchè nel concreto caso, riferendosi l'Impresa al suo contratto, e propriamente all'art. 34 di esso, questo articolo dà al Governo il diritto di sorvegliare l'esercizio della concessione in genere, e vuol dire per tutti gli obblighi svariati e molteplici che la disciplinano, e per tutte le condizioni attinenti alla regolarità del servizio multiforme e complesso in relazione al pubblico, all'Amministrazione delle poste, al materiale galleggiante, e al personale in servizio di esso.

Alle quali considerazioni è da aggiungere anche l'altra di non minore importanza, ed è che con questo stesso art. 34, al quale si riferisce l'Impresa, il Governo si è riservato di sorvegliare l'andamento del servizio, con

---

(1) Cfr. stessa Corte, 14 giugno 1901 riferita in sunto dal FANTI, *Macchine e caldaie a vapore*, nella *Enciclopedia giur.*, p. 412.

tutti quei mezzi (ivi è detto) e in quelle forme che esso troverà di adottare. Ora come si potrebbe escludere il regolamento del 27 giugno 1897 da una di quelle forme e mezzi di sorveglianza che il Governo si riserva di adottare, se e quando lo trovi conveniente e in quella parte che lo giudichi conveniente?

L'art. 58 dello stesso regolamento, nella parte che invoca l'Impresa, non sostiene la tesi della ricorrente.

Questo articolo tassativamente esclude dalle competenze del regolamento le locomotive, caldaie e recipienti a vapore in servizio delle ferrovie, delle tramvie, delle regie navi e degli stabilimenti militari di Guerra e Marina, ed esclude altresì le caldaie a vapore collocate a bordo dei galleggianti muniti di licenza dell'autorità marittima, come l'Impresa ricorda, ma li esclude in quanto sia provveduto (dice esso articolo) alla stessa materia da relativi regolamenti speciali.

Ora, sono appunto questi regolamenti speciali che mancano nel caso concreto dell'Impresa ricorrente.

Sono regolamenti speciali a cui non si potrebbe sostituire, nè regolamenti contrattuali (se pure, nel caso, esistessero), nè quelle istruzioni annesse al regolamento del 31 ottobre 1873 cui l'Impresa fa ricorso.

Questo regolamento venne fatto per la polizia, sicurezza e regolarità delle strade ferrate; e l'art. 26 capo 2.º di queste istruzioni, che l'Impresa rammenta dicendo che « le caldaie dei piroscafi adibite al servizio di navigazione affidato alle Società Ferroviarie, saranno considerate come quelle delle altre macchine delle ferrovie » — questo articolo per essere utilmente invocato dalla Impresa ricorrente, manca di una condizione essenziale, che cioè il servizio della navigazione del lago di Garda fosse affidato alle Società Ferroviarie, ciò che oggi non è. E non è, perchè l'Impresa ricorrente Mangili è una Società commerciale autonoma, indipendente; non è la rappresentante o mandataria della Società esercente le ferrovie della Rete Adriatica, la quale ha nulla che vedere nella concessione all'Impresa Mangili del Garda, regolata dalla convenzione del 17 dicembre 1892.

Deve per le esposte considerazioni respingersi il ricorso, e sull' onere delle spese non occorre pronunzia, perchè nessuna spesa di stampa di memoria è stata sostenuta dall'Avvocatura Erariale in questa causa contro l'Impresa di Navigazione sul Garda; essendo stata presentata memoria solamente per l'Impresa di Navigazione sul lago Maggiore.

P. q. m., respinge il ricorso.

—

10 maggio 1901 — *Pres.* Canonico — *Rel.* Giordano-Apostoli = D'Agostino.

Le contravvenzioni ai regolamenti sanitari 9 ott. 1889 e 3 agosto 1890, sprovviste di sanzione a termini di detti regolamenti, sono punibili a sensi dell' art. 60 della legge sanitaria benchè non esista regolamento sanitario locale (1).

Tratto a giudizio il D'Agostino Ciro avanti il pretore di Penne, per rispondere di contravvenzione agli articoli 60 della legge d'igiene o sanità pubblica, 102 del relativo regolamento generale e 7 del regolamento interno per la vigilanza igienica sugli alimenti, sulle bevande e sugli oggetti d'uso domestico, per aver macellato nella pubblica via un maiale in detta città, non ostante vi esistesse un pubblico ammazzatoio, veniva da quel pretore, con sentenza 22 febb. 1901, dichiarato non esser luogo a procedimento per inesistenza di reato.

Così statuiva quel pretore, partendo dal concetto che il fatto posto a carico di D'Agostino non era punibile per mancanza di sanzione penale, e perchè le condizioni locali non permettevano di uniformarsi alle norme dettate in genere per tutto il regno. Avverso questa sentenza ricorre per annullamento il P. M. presso la pretura, deducendo: in fatto, che esiste in Penne un pubblico mattatoio, ed in diritto, che non poteva il pretore, per la sola mancanza del regolamento d'igiene locale, assolvere l'imputato sottentrando ai regolamenti locali il regolamento generale del 9 ott. 1889, il quale all'art. 102 prescrive che non si possa macellare fuori del pubblico mattatoio, e che, quantunque il Comune di Penne non siasi dato premura di compilare il regolamento igienico e sanitario comunale in base al disposto della legge sanitaria, pure havvi il regolamento di igiene approvato fin dal 1874, nel quale si contengono disposizioni riflettenti la nettezza del pubblico macello, ed il modo come da questo debbono trasportarsi in città le carni macellate, dalle quali disposizioni è facile dedurne che la macellazione era vietata nelle pubbliche vie.

---

(1) Come ammette la stessa C. S., manca un'espressa sanzione penale della pretesa contravvenzione. Posto ciò, dovrebbe mancare anche il reato. Certo è deplorevole che si possano impunemente commettere atti dannosi alla sanità e all'igiene pubblica; ma la colpa di ciò va ascritta alla poca ponderazione con la quale troppo spesso si fanno in Italia le leggi e non può essere un motivo perchè il giudice, sia pure per ragioni di indiscutibile equità, si sostituisca al legislatore. Cfr. CAMMEO e VITTA, *Sanità pubblica*, nel *Completo tratt. di dir. amm.* dell'ORLANDO, t. IV, parte II, pag. 253, nota 1.

Il regolamento per l'applicazione della legge sulla tutela dell'igiene e della sanità pubblica prescrive all'articolo 102, che ogni borgo o città, che abbia la popolazione superiore a 6000 abitanti, debba avere un macello pubblico restando vietato di macellare fuori di esso: ed il successivo regolamento per la vigilanza igienica sugli alimenti, sulle bevande e sugli oggetti di uso domestico, stabilisce all'art. 7 che la macellazione dei bovini, ovini, suini ed equini, non può aver luogo che nei macelli pubblici.

Di fronte a siffatte esplicite disposizioni, è facile il dedurne che, quando esista un pubblico macello, come esiste a Penne, e non viene impugnato dalla sentenza del pretore, debba la macellazione avvenire in esso macello, e che il non ottemperarvi costituisce la infrazione di cui ai detti articoli di legge. Nè è esatto ciò che la sentenza considera per legittimare la sua pronuncia, di non sancire, cioè, i succitati articoli dei regolamenti alcuna penalità e che la pena pecuniaria comminata dall'art. 60 della legge sanitaria, al fine di armonizzare le esigenze igieniche e generali con quelle locali, prescrive che i regolamenti locali conterranno le disposizioni speciali, dipendenti dalla topografia del Comune e dalle altre condizioni locali per la esecuzione degli articoli di detta legge, ma non stabilisce punto che le infrazioni alle misure d'igiene, prevedute dai succitati regolamenti generale ed interno, debbano rimanere impunite sol perchè il Comune del luogo ove la infrazione fu commessa sia sfornito del suo regolamento locale. È certo invece che, sempre quando manca il regolamento locale, subentrano le disposizioni dei regolamenti succitati, dipendendo in caso contrario dal beneplacito dei Comuni l'attuazione delle importanti norme contenute in essi per la tutela dell'igiene e della pubblica salute. E tanto più deve ciò ritenersi, quando si rifletta che il regolamento generale fu compilato appunto per la esecuzione di alcune parti della legge sanitaria, come dispone l'art. 70 della legge stessa, e non già per servire di modello dei regolamenti locali.

I regolamenti adunque del 9 ott. 1889 e del 3 agosto 1900, che contemplano e disciplinano molteplici casi di vigilanza igienica, hanno impero in tutto il regno e precisamente dove mancano i regolamenti locali, dei quali tengono luogo, poichè senza di essi le provvidenze resterebbero senza effetto. La sanzione penale poi si trova nell'anzidetto art. 60 della legge, che punisce con pena pecuniaria le contravvenzioni alle prescrizioni dei regolamenti locali, e per essi, nel concreto, dei regolamenti generali.

Pertanto, essendosi dal pretore colla impugnata sentenza dichiarato non esser luogo a procedimeeto contro il D'Agostino, perchè il fatto addebitatogli non costituisce reato, allontanandosi in tal guisa dalla retta intelligenza degli articoli di legge sopra enunciati, deve la sentenza stessa annullarsi, rinviandosi la causa per nuovo esame ad altra pretura.

—

25 aprile 1901 — *Pres.* e *Rel.* Fiocca — Guacci.

1. *Il P. M. non può rinunziare al prodotto ricorso per cassazione.*

2. *È irricevibile il ricorso in cassazione del P. M. contro sentenza assolutoria, se la relativa dichiarazione sia stata fatta oltre le 24 ore stabilite dall'art. 653 c. p. p.*

Guacci Giuseppe, condannato dal Pretore di Atripalda con sentenza 6 febbraio ultimo alla detenzione per giorni 10 e alla multa in lire 80, per debiti di danneggiamento, minacce e ingiurie, interpose appello, e il tribunale d'Avellino, riparando la sentenza del Pretore, assolse il Guacci dalle imputazioni di minacce e ingiurie per non provata reità, e, quanto all'imputazione di danneggiamento, dichiarò estinta la relativa azione penale in conseguenza dell'amnistia 11 novembre 1900. Contro questa sentenza del tribunale, proferita il 18 marzo ultimo, il procuratore del Re dichiarò di ricorrere per cassazione, con atto ricevuto dal cancelliere il 20 dello stesso mese, ma con altro atto posteriore dichiarò di rinunziare al gravame, perchè prodotto fuori termine.

Due questioni sono da risolvere nella presente causa: la prima è di vedere se il P. M. possa validamente rinunziare al ricorso: nella negativa, se il ricorso sia ricevibile. Sulla prima la Corte Suprema osserva che il P. M. allorchè appella, o ricorre per cassazione, non fa in sostanza che continuare l'azione penale da lui promossa ai fini della giustizia: onde consegue che, come egli non può rinunziare all'azione penale, così non possa del pari rinunziare ai gravami che ne sono continuazione e parte. Si può rinunziare a ciò che la legge ha stabilito nell'interesse dell'individuo, come sono i gravami consentiti all'imputato o condannato, non a ciò che è stabilito nell'interesse sociale, come sono i gravami consentiti al P. M.

Sulla seconda questione la Corte Suprema osserva che basta semplicemente leggere la disposizione dell'art. 653 c. p. p. per essere convinti che la dichiarazione di ricorso per cassazione, fatta dal P. M., sia stata fatta fuori il termine legale.

P. q. m., la Corte, senza attendere alla rinunzia al ricorso fatto dal P. M., che ritiene inefficace, dichiara inammissibile il ricorso stesso.

—

15 aprile 1901 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Locci-Selis = Bellosio.

La violenza usata in continenti *per respingere la forza esclude il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni* (1). .

La Suprema Corte osserva che, sebbene parecchi appaiano, come vedesi, i mezzi proposti, essi però, all'effetto della discussione del ricorso, possono concentrarsi in un'unica questione e vuol dire sull'esame se bene o male abbia fatto il tribunale di Tortona a ritenere che il pretore locale operò correttamente respingendo la istanza dell'Osmani per la sospensione del giudizio penale, privandolo così del mezzo di prova avanti il giudice civile sull'allegata attualità del suo possesso sulla controversa lista di terreno, perchè, laddove fosse per risultare all'esame di questo primo mezzo in relazione al secondo (lettera C), che il tribunore errò, gli altri errori, che si vengono censurando con i mezzi successivi per mancanza di motivazione, resterebbero assorbiti, perchè non sono che la ineluttabile conseguenza di questo primo e principale errore; ossia, intanto il tribunale si dispensò dall'occuparsi degli altri motivi d'appello, in quanto era convinto *a priori* che bastasse a costituire il reato d'esercizio arbitrario il solo fatto della violenza, ancorchè l'Osmani l'avesse usata *in continenti*, per respingere la forza con la forza, onde tutelare l'attualità di quell'esercizio di possesso.

Ora è evidente l'errore commesso dal tribunale col dichiarare legale la reiezione della domanda per la sospensione del giudizio penale sul riflesso che, anche provate le intenzioni dell'Osmani, essi non avrebbero influito a scagionarlo totalmente dalla imputazione sua, tutto al più avrebbero contribuito a rendergli meno grave la pena; perchè, o il tribunale di Tortona non ha capito il valore e la forza giuridica della sollevata eccezione, e per cui fu costretto a fare una strana confusione del possesso di fatto invocato dallo Osmani, col possesso di diritto controverso tra lui ed il Comune; ovvero ne ha intraveduto il giusto contenuto, e allora ha dovuto, senz'altro, inciampare nell'altro grave errore di diritto, di che appresso si fa cenno, con grave ed irreparabile danno del deducente Osmani. E, per verità, è ormai fuori di controversia nella dottrina e nella giurisprudenza, ed anzi questo Supremo Collegio lo ha, non poche volte, proclamato con vari dei suoi responsi, che, sempre quando occorra che taluno, per mantenersi nel possesso, nel quale attualmente si trova o ad impedire lo spoglio nell'atto in cui si voglia da altri commettere, sia costretto di adoperare la forza « vim vi repellere », egli lo possa impunemente, nè sia imputabile per l'uso della violenza intesa a tutelare le proprie ragioni ingiustamente offese o minacciate; avvegnachè questo postulato abbia la sua base nel diritto naturale di difesa dello stato in cui ciascuno si trova contro le altrui invasioni, appunto per la impossibilità in cui è di ricorrere con effetto alla pubblica autorità per implorarne il patrocinio e trovasi anche scolpito incisivamente in taluni monumenti dell'antica sapienza romana, nei quali si legge che « recte possidenti ad defendendom possessionem, quam sine ullo vitio tenebat inculpatae tutelae moderatione, illam vim propulsare licet » (leg. 10 Cod. *unde vi*). Quindi potrà esser dubbio, secondo i casi, se il possessore, che invoca la indicata discriminante, possieda *cum vitio* anzichè *sine vitio;* ma non si può *a priori* interdire a lui la prova sull'attualità dell'esercizio del suo possesso — che, fino a prova contraria, si devè presumere legittima — sotto lo specioso pretesto, che anche provato che egli attualmente godesse di quell'esercizio, sarebbesi sempre reso responsabile di aversi fatto giustizia di mano propria, per tutelarla ed impedirne lo spoglio. Il tribunale di Tortona ben avrebbe potuto, anche senza disconoscere l'enunciato postulato di ragione naturale nei riguardi dell'Osmani, rigettare la domanda per la sospensione del giudizio, in applicazione dello stesso art. 33 c. p. p., dichiarando obbligato il deducente a proporre e sostenere la sua azione presso il giudice penale, perchè il concedere o negare la sospensione è cosa puramente facoltativa; ma non poteva in modo alcuno denegarla, come l'aveva denegata il primo giudice pel riflesso che la prova dell'attualità del possesso non era influente, concludente o rilevante, dacchè, con siffatto apprezzamento, venne a violare quel supremo principio di ragione filosofica e conseguentemente la legge positiva e cioè il combinato disposto degli art. 235 e 236 c. p., dovendo considerarsi che questo secondo articolo 236, invocato dal tribunale, prevede

(1) Cfr. da ultimo Cass. 20 ottobre 1897, in questo *Filangieri*, 1808, 313 coi richiami di dottrina e di giurisprudenza. Vedi pure, per qualche analogia, Cass. 15 giugno 1899 (*Ib.*, 1899, 704).

tutt'altra ipotesi, che non sia quella della violenza usata *in continenti* alla difesa del diritto aggredito ingiustamente. Nè si creda che, a sanare l'errore, basti avere il tribunale di Tortona esaminato le risultanze processuali ed escluso in base ad esse l'attualità del possesso dell'Osmani, perchè, anche a prescindere che nel fatto del tribunale, così giudicando, evvi una flagrante contraddizione, una affermazione postuma fatta in base ad atti monchi e non regolari, non può sanare l'errore perchè non puossi escludere che l'Osmani fu indebitamente privato del diritto di difendersi, e, se pur si difese, si difese assai languidamente, conscio, com'era, della inutilità della prova proclamata solennemente con una ordinanza del primo giudice proferita in *limite iudicii*. Ad ogni modo, ed anche a prescindere da quell'altra strana affermazione della sentenza, che bastava rendere defendibile il possesso della Bellosio la immissione in esso datale dal sindaco, quasichè il sindaco potesse capricciosamente immettere una persona nel possesso della cosa altrui, sta in fatto che l'Osmani deduceva in appello che egli era in buona fede, perchè non aveva creduto di andare contro l'autorizzazione del sindaco, la quale non eragli stata comunicata, ed il tribunale non si occupa punto di una tale eccezione, che mirava ad escludere il dolo qualunque fosse per essere il risultato dell'indagine al riguardo.

—

10 aprile 1901 - *Pres.* e *Rel.* Canonico = Prinetti.

L'esercente è obbligato a sottoporre a verifica tutti gli strumenti metrici che detiene, e non soltanto quelli strettamente necessari all'esercizio del suo commercio (1).

Il Procuratore Generale, visti gli atti a carico di Prinetti Luigi, imputato di contravvenzione all'art. 116 n. 4 del regolamento 7 nov. 1890, per avere tenuto nel proprio magazzino da spaccio di vino una stadera a bilico mancante del bollo di verificazione periodica.

Il pretore di Garlasco, innanzi al quale il Prinetti era comparso per rispondere della contravvenzione, con sentenza del 22 novembre 1900, mandò assoluto l'imputato per inesistenza di reato, stante il difetto di prova, che il medesimo, nell'esercizio del suo commercio, oltre che delle misure di capacità atte e pertinenti all'esercizio stesso, avesse fatto uso altresì della stadera a bilico.

La legge sui pesi e sulle misure del 23 agosto 1890, disponendo all'art. 16 che sono tenuti alla verificazione periodica coloro che fanno uso dei pesi e misure, per la vendita e compra o per commercio qualsiasi di mercanzie e prodotti, muove dal presupposto logico e giuridico, che ciascuno esercente abbia presso di sè quei pesi e quelle misure di cui necessita l'uso per il proprio esercizio.

Coerentemente a questo criterio, agli esercenti non è già imposto l'obbligo di munirsi di tutti i pesi e di tutte le misure, che possono adoperarsi in commercio, ma di quei pesi e di quelle misure soltanto che ciascun esercente deve adoperare nel proprio rispettivo esercizio; e però l'art. 116 n. 8 del regolamento precisamente dispone che cadono in contravvenzione coloro che non si provvedono degli istrumenti metrici necessari alla industria che esercitano.

Escluso l'obbligo, può ben riconoscersi che non è esclusa del pari la facoltà negli esercenti di provvedersi di altri strumenti metrici, oltre quelli che sono necessari, ma non possa altresì concedersi che tale difficoltà rimanga sottratta a qualsiasi garanzia che assicuri la esecuzione della legge; e a ciò provvede l'art. 116 n. 4 del regolamento, dichiarando in contravvenzione coloro che usano o ritengono strumenti metrici mancanti del bollo di verificazione periodica.

Invano il pretore si prova a dimostrare che la semplice detenzione, indicata nell'art. 116 del regolamento, si debba intendere nel senso dell'uso indicato nell'art. 16 della legge: imperocchè ciò importa disconoscere addirittura il significato letterale delle parole adoperate dal legislatore, e sarebbe bastato difatti dichiararsi in contravvenzione coloro che usano e non egualmente coloro che ritengono strumenti metrici non verificati.

Non è possibile immaginare la tesi, nè il pretore stesso di Garlasco si avventura ad immaginarla, che la disposizione del regolamento esorbiti dal contenuto della legge, non abbia perciò efficacia coercitiva, imperocchè dal fatto dell'esercente, che senza nessun obbligo di legge si provveda di uno strumento metrico che apparentemente gli è necessario, discende legittima la presunzione ch'egli in tanto se ne sia provvisto, in quanto esso non debba riuscirgli affatto inutile; e però il regolamento, adempiendo appunto alla sua funzione, provvede a garantire la esecuzione della legge contro ogni possibile violazione della medesima; donde più logicamente consegue, che l'uso di cui parla la

(1) Sulle contravvenzioni alla legge metrica si può ancora consultare utilmente la diffusa monografia del CONTUZZI in questo *Filangieri*, 1887, 1, 321 e segg.

legge debba essere inteso nel senso dichiarato dal regolamento.

I suesposti criteri sono ribaditi dalla sanzione dell'art. 31 n. 2 della legge, secondo cui non solamente sono puniti coloro che contravvengono all'art. 16, ma una identica pena è generalmente comminata per tutte le contravvenzioni alle leggi sui pesi e sulle misure ed ai relativi regolamenti.

Conforta infine l'assunto la sentenza di questa Corte di cassazione del 2 maggio 1888 in causa Biffi Sironi, nella quale appunto è dichiarata la identica tesi. La sentenza del pretore di Garlasco è violatrice delle succitate disposizioni della legge e del regolamento.

Visto l'art. 684 c. p. p., denuncia alla Corte di cassazione la sentenza del pretore di Garlasco del 22 nov. 1900 in causa Prinetti e richiede nell'interesse della legge l'annullamento.

La Corte cassa nell'interesse della legge.

—

21 marzo 1901 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Floreno = Calvi.

Ben può l'amministrazione ferroviaria costituirsi parte civile nelle cause per oltraggio ai propri agenti.

La Corte Suprema osserva, in primo luogo, che non può essere atteso il I mezzo, conciossiacchè la Corte col rigetto dell'appello ha implicitamente e conseguentemente tutte le istanze ventilate rigettate, comprese quelle contro la legittimità e la regolarità della costituzione di parte civile; e quindi, avendo essa ben preso parte al giudizio, ogni retrospettiva osservazione di forma perde ogni valore e riesce frustranea.

Considera sul II mezzo che l'istanza della parte civile proposta in sulle prime doveva persistere, anzi maggiormente avvalorarsi quando venne in seguito fuori l'altra rubrica di contravvenzione al regolamento ferroviario, la quale ribadì nell'Amministrazione il diritto ed il dovere di difenderlo pel buon andamento del pubblico servizio.

Considera perciò che nella ragione del merito non può sostenersi che quella rappresentata dal suo direttore non abbia avuto nè diritto nè interesse ad essere rappresentata in procedimento per oltraggio ad uno dei suoi incaricati nell'esercizio ferroviario. Bisogna distinguere l'ingiuria immediata da quella mediata; sostanzialmente, e immediatamente, fu offeso il cantoniere, ma mediatamente e di riflesso restò offesa l'Amministrazione che egli serve, e che tollera tra i suoi addetti un vigliacco, un mascalzone, un malfattore, un lazzarone, che furono gli epiteti incriminati rivolti dall'imputato al cantoniere. Un simile corpo morale così tollerante sarebbe spregevole agli occhi del pubblico, onde risente anch'esso le conseguenze morali dell'oltraggio. Un corpo morale non vive che della vita di fatto dei suoi membri, « et spectat enim ad existimationem suam si fama eorum lacessatur » (Schneidewini, *Inst. Imper.*).

È risaputo poi in dottrina che non solo un danno reale dà luogo all'azione di risarcimento, ma altresì un interesse morale, e se la Società ferroviaria può essere chiamata nel penale giudizio come responsabile dei danni inferti altrui dai suoi commessi, è logico che possa nell'interesse del suo buon nome lagnarsi degli oltraggi inferti ai medesimi; e non crede la Corte che sia del tutto non applicabile l'autocratica sentenza romana: « Spectat enim ad nos iniuria quae in his fit qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sunt » (L. 1, § 3, *D. de iniur.*).

—

21 marzo 1901 — *Pres.* e *Rel.* Canonico — = Bucheri.

Non può parlarsi di omicidio tentato con arma da fuoco quando la polvere adoperata per la carica non fosse atta a imprimere ai proiettili la necessaria forza iniziale di penetrazione.

Il Procuratore Generale osserva: con sentenza della Sezione d'accusa della Corte di Palermo, Bucheri Francesco Paolo fu Nicola venne rinviato al giudizio del tribunale penale di detta città, per avere, nella sera del 28 ottobre 1900, esploso, con premeditazione, un colpo d'arma da fuoco sulla persona ed alle spalle di S. E. il comm. Maielli Nicola, primo presidente della Corte di Cassazione.

Il rinvio al tribunale ebbe luogo pel titolo di lesioni volontarie, poichè parve alla Sezione d'accusa, sulle uniformi conclusioni del Procuratore Generale, che, quantunque dimostrata in modo non dubbio la volontà omicida, il mezzo adoperato a tradurla in atto non fosse idoneo.

Ed a tale proposito considerò che la polvere di cui fece uso il Bucheri per la carica della pistola era di qualità così scadente da non poter imprimere ai proiettili la necessaria forza iniziale di penetrazione.

Il tribunale, invece, in esito al pubblico dibattimento, ritenne che il colpo poteva anche essere letale, se il proiettile, piuttosto che l'osso della scapola destra, avesse incontrato altra parte più delicata del corpo, come la regione addominale, il collo od uno spazio intercostale.

Per determinare se il mezzo adoperato dal Bucheri fosse di per sè stesso efficace e bastevole a cagionare la strage, è opportuno tener conto delle ferite, le quali sono dai periti trascritte nel seguente modo:

« 1.° Echimosi alla ragione scapolare destra, di forma circolare, con un diametro di circa 12 centimetri e con abrasione cutanea del centro. Detta abrasione è estesa in superficie quanto una moneta da una lira d'argento, ha forma perfettamente circolare ed è sita precisamente in corrispondenza dell'estremo della spina della scapola destra.

2.° Due piccole abrasioni lineari alla regione postero-laterale destra del collo, lunghe poco più di un centimetro e dirette in senso orizzontale evidentemente dal di dietro in avanti.

3.° Su d'una di queste abrasioni, proprio tra gli strati del derma e nell'estremo anteriore, si è trovato infisso un piccolo pallino di piombo (migliarino) ».

Un altro dato di fatto è pure necessario rilevare. Sul luogo ove era avvenuto il delitto fu, poco dopo, trovato un grosso projettile uguale a quello di cui era carica l'altra canna della pistola, rinvenuta anch'essa in quel sito e quindi sequestrata.

Ora esaminando queste circostanze generiche, si ha chiara la cognizione di ciò che si verificò in conseguenza della esplosione. Il proiettile, spinto dalla vibrazione dell'arma, agì non come corpo perforante, ma contundente e non lacerò neppure gl'indumenti dell'uomo insigne, che era stato preso di mira. Non avendo la forza occorrente a perforare, cadde a terra, non senza aver però prodotto sul punto investito, e cioè sulla spina della scapola destra, una grossa chiazza echimotica che era, come è agevole comprendere, la conseguenza della effusione di sangue dai vasi della pelle nei tessuti circostanti. E pertanto, in mezzo all'aureola contusa, nel punto preciso in cui il proiettile era balzato, cadendo si determinò una superficiale escoriazione.

Un altro proiettile, più piccolo, prima sfiorò il collo di dietro in avanti, poi penetrò leggermente, ma non avendo anch'esso forza perforatrice, restò conficcato nei primi strati del derma.

Se questo avvenne, e la generica ne fornisce la prova palmare, il ragionamento del tribunale circa l'idoneità del mezzo è assolutamente privo di base.

E per vero, quel Collegio considerò che, se la palla non avesse trovato l'osso, sarebbe penetrata sicuramente in cavità.

Ciò sarebbe concludente se il proiettile, perforati gli abiti e penetrato nei muscoli, avesse incontrato l'osso e si fosse arrestato incuneandosi o rimbalzandone.

Ma ciò non avvenne. Esso, come si è già notato, non solo non giunse all'osso, non solo non produsse alcuna soluzione di continuità nelle carni, ma non arrivò neppure a contatto dei muscoli della spalla, poichè non ebbe la forza, nonchè di perforare, neppure di lacerare o sgualcire gli abiti.

Quel proiettile non fece che battere con molta violenza sulla scapola, causandovi grave contusione, la quale (come suole avvenire nei casi di forte percossa) fu accompagnata da abrasione dei primi strati cutanei.

E neppure ha valore l'altro argomento che, ove il proiettile avesse toccate parti più delicate, come l'addome od il collo, si sarebbe reso possibile un evento letale.

Non ha questo argomento alcuna importanza, poichè se la palla non perforò gli abiti del dorso, non avrebbe perforati neppure quelli d'altra parte del corpo.

E quanto al collo ed agli altri punti scoperti, si può giustamente obiettare che uno dei proiettili, quantunque più piccolo, investì appunto il collo e non ebbe forza di penetrare oltre il derma, in cui fu trovato infisso.

E che l'evento non potesse essere più grave e pericoloso di quello che fu, lo dimostra in modo assoluto la perizia balistica.

Il perito, dopo di aver esaminato la carica rinvenuta nella canna sinistra della pistola, riferì che la polvere usata era da mina e fabbricata senza le debite proporzioni, con poco salnitro e zolfo e molta quantità di carbone, per lo che il proiettile più grosso doveva essere uscito dalla canna senza direzione e forza, mentre il più piccolo, solo perchè di minime proporzioni, era stato spinto con qualche violenza.

A questa perizia così esplicita, per quanto un po' eccessiva (perchè nega ogni direzione e forza al proiettile più grosso, mentre esso investì la persona presa di mira e produsse una contusione), il tribunale di Palermo contrappone l'altra che fu assunta in udienza.

Non sembra però che questo documento sia tale da ispirare una sicura convinzione in ordine all'efficacia del mezzo.

Conviene anzitutto ricordare che si sentirono due periti e che le loro conclusioni non furono del tutto conformi.

Uno di essi, il Carrara, ritenne che la polvere per non essere ben regolata e perchè abbondante di carbone, mancava della necessaria forza iniziale, e che nel solo caso in cui se ne fosse usata maggiore quantità, avrebbe potuto il proiettile penetrare nelle parti molli del corpo, ma non uccidere un individuo.

L'altro, l'Alfonsi, non associandosi all'opinione del suo collega, dichiarò che, pur

essendo la polvere di cattiva qualità, il colpo se vibrato a breve distanza ed in direzione di parti molli, avrebbe potuto cagionare effetti letali.

Essi furono concordi in una conclusione soltanto, nel giudicare, cioè, che se la palla fosse penetrata in un occhio (e qui cade in acconcio ripetere che il colpo fu vibrato alle spalle) avrebbe anche potuto produrre la morte.

Ma nessuna delle loro conclusioni fu confortata da argomenti scentifici, di tal che, di fronte al fatto, che esclude in modo innegabile la forza di penetrazione dei proiettili, non si è avuto nella revisione di perizia che un giudizio dommatico nel suo tutto, discordante nelle sue parti.

E ciò senza tener conto della contraddizione in cui cade il Carrara, il quale da una parte afferma che la palla, anche penetrando in parti molli, non avrebbe mai potuto uccidere, e dall' altra ammette che qualora fosse penetrata nell' occhio avrebbe potuto produrre la morte senza considerare che sarebbe, in tal caso, occorso non solo che il proiettile avesse forato l'occhio, ma che fosse penetrato nel cranio e leso il cervello.

E senza tener conto neppure dell'altra circostanza importante che mentre nel dare questo giudizio, entrambi si riferivano al proiettile grosso trovato per terra ed esaminavano l'ipotesi che proprio quel proiettile fosse penetrato in un occhio, finivano poi per concludere che non quel proiettile, ma un altro, o il complesso di altri più piccoli, a forma di quadretti (ed il perchè non dicono) doveva aver colpito la spalla destra dell'illustre magistrato.

Si aggiunga a tutto ciò che lo stesso giudizio del tribunale fu dubbio e perplesso.

Difatti, mentre quel Collegio riconosce una tal quale inidoneità di mezzo, che definisce relativa e non già assoluta, osserva poi che il colpo sarebbe riuscito micidiale se il Bucheri avesse caricato l'arma con maggior quantità di polvere.

In tal modo il tribunale non giudicava del fatto attribuito al Bucheri, ma di un caso in astratto, poichè riteneva che se l' ipotesi fosse stata diversa da quella in esame, il commendatore Maielli avrebbe potuto correre il pericolo di rimanere vittima d'altrui malvagità.

Ciò non è conforme ai principî di ragione e di giustizia.

Per vedere se un mezzo sia adatto al fine bisogna considerarlo nella sua essenza intrinseca ed in rapporto all'uso che ne sia stato fatto, indipendentemente dalla maggiore efficacia, ed al più sicuro risultato che avrebbe potuto avere se fosse stato adoperato in modo più rispondente allo scopo.

Vi è sempre impossibilità assoluta, cioè tentativo vano, per l'impossibilità del mezzo o dello scopo, quando o si saranno usati mezzi inefficaci, o si saranno adoperati mezzi efficaci bensì, ma di cattiva qualità o in quantità troppo scarsa o male applicati.

In quei casi vi potrà essere la manifestazione di una perversità morale pericolosa e si potrà punire il fatto per le conseguenze prodotte, ma non il tentativo del delitto che si aveva di mira, poichè non è punibile l'esecuzione di un reato che non può effettuarsi.

Chiede che la Corte di Cassazione annulli la sentenza del tribunale di Palermo pronunziata in confronto di Bucheri Francesco Paolo, dichiari la competenza del tribunale ed ordini il rinvio degli atti a quel procuratore del Re per l'ulteriore corso del giudizio.

Di Blasio, S. P. G.

La Corte decise conformemente.

—

12 dicembre 1900 — *Pres.* e *Rel.* Canonico = Conflitto in causa Minozzi.

Il mezzadro che sottrae prodotti comuni in danno del padrone è colpevole di furto (1).

Sulle requisitorie del Procuratore Generale del tenore seguente:

Letti gli atti; ritenuto che Minozzi Pasquale, mezzadro del principe Giustiniani Bandini Sigismondo, fu sottoposto a procedimento per avere, nel 19 giugno 1900, sottratto chilogrammi 30 di fieno ancora indiviso del valore di L. 1.50.

Rinviato dal giudice istruttore presso il tribunale di Macerata al pretore di Tolentino, con ordinanza 24 agosto 1900, a norma degli art. 252, 257 c. p. p. stante la tenuità del danno, per esservi giudicato dell'addebito di furto semplice di cui all'art. 402 c. p., questi, con sentenza 29 ottobre 1900, dichiarava la propria incompetenza, ritenendo concorrere nel fatto gli estremi dell'appropriazione indebita dell'art. 417 c. p., anzichè del furto semplice, e rimetteva gli atti per il corso ulteriore.

Le sottrazioni dei prodotti commesse dai mezzadri a danno dei loro padroni, come il trafugamento di alberi recisi dai fittuari del fondo in pregiudizio dei locatari, sono colpite dalla sanzione dell'art. 402 c. p. nella stessa guisa che per tale articolo è reo di furto il socio che commette una sottrazione sopra le cose comuni da lui non detenute.

(1) Cfr. Cass. 23 luglio 1895, in questo *Filangieri*, 1895, 876, coi richiami.

E la detenzione del mezzadro dei frutti del fondo non costituisce il medesimo unico consegnatario dei prodotti, giacchè non si *estende* tale detenzione al di là della parte idealmente spettantegli, trattandosi di cosa indivisa, conservando il padrone del fondo il possesso di esso, come dei prodotti, unicamente esercitato dal mezzadro in di lui vece.

In tale senso si è sempre pronunciata la giurisprudenza di questo Supremo Collegio ed in specie con le sentenze 27 luglio 1895, 14 luglio 1896, e da ultimo 22 giugno 1900, in causa Mei, risoluzione di conflitto — rendendosi superfluo, perciò, il riesaminare la controversia se ai fini penali non basti il possesso di fatto, e cioè, il possesso naturale a snaturare il furto, senza che vi concorrano gli estremi del possesso civile. — Veduto l'art. 355 c. p. p. e succitato del codice penale, e considerato inoltre che pure modificando il pretore il titolo del reato, semprechè la pena rimanga nei limiti da consentire il rinvio ai sensi dell'art. 252 c. p. p. (come nel concreto), deve giudicare in merito;

La Corte Ecc., risolvendo in linea di conflitto la questione di competenza, dichiari costituire il fatto ascritto al Minozzi il delitto di furto semplice anzichè di appropriazione indebita, ed annullata la sentenza del pretore di Tolentino 29 ottobre 1900 ordini la di lui competenza.

Melegari S. P. G

La Corte decise conformemente.

Giurisprudenza Amministrativa

CONSIGLIO DI STATO.

Sezione interni.

Parere 19 aprile 1901 = Ministero di Grazia e Giustizia e Ministero dell'Interno.

Le spese inerenti alle elezioni commerciali competono alle Camere di commercio e non ai Comuni i quali sono tenuti soltanto a fornire i locali, provvedere all'affissione dei manifesti ed alla distribuzione dei certificati (1).

Le Camere di commercio hanno ripetute volte sollecitato il parere del Ministero sulla questione a chi spetti per legge il carico delle spese per le elezioni commerciali, se ai Comuni sede di sezione od alle Camere di commercio, e il Ministero, sulla considerazione che sono a carico dei Comuni le spese per le elezioni amministrative e politiche, e che non vi è motivo plausibile per escludere quelle soltanto per le elezioni commerciali, emanò in data 8 nov. 1899 una circolare colla quale si dichiarava che le spese per le elezioni commerciali devono porsi a carico dei Comuni. E il Consiglio di Stato con parere 13 maggio 1891 confermò la circolare, ritenendo che tali spese dovessero essere sostenute *pro rata* dai Comuni componenti le sezioni elettorali. Però i Comuni rifiutansi a pagare non solo le spese per il magistrato chiamato a presiedere il seggio elettorale e per il segretario, ma anche quelle occorrenti per il locale ove si fanno le elezioni, per l'affissione dei manifesti e per la distribuzione dei certificati. Ora, essendosi il Comune di Roma rifiutato a pagare le indennità al segretario, questi lo convenne in giudizio e il giudice conciliatore del III mandamento statuì con sentenza dell'8 nov. 1898 che la spesa oggetto della controversia doveva essere a carico non del Comune, ma della Camera di commercio.

Il Ministero di grazia e giustizia ha opinato che tali spese vanno a carico delle Camere di commercio, ed il Ministero dell'interno interpellato in proposito ha opinato che le spese per le elezioni commerciali in genere non possano essere a carico dei Comuni, fatta eccezione per le spese relative

(1) Il parere 13 maggio 1891, citato nel testo, trovasi riferito nella *Legge*, 1891, 2, 192.

ai locali per le elezioni, per l'affissione dei manifesti e per la distribuzione dei certificati.

Ciò premesso, le due Sezioni hanno considerato:

La ragione di dubitare nacque dalla considerazione che sono obbligatorie per i Comuni le spese per le elezioni, e che il legislatore non facendo distinzione tra elezioni ed elezioni vi si debbono intendere tutte comprese; che essendo stato riconosciuto che le spese per le elezioni politiche siano a carico dei Comuni, non vi è motivo plausibile per non ritenerle comprese nella dizione generale adoperata dal legislatore; e che tali spese obbligatorie per i Comuni debbono ripartirsi fra quelli che compongono la sezione elettorale.

Che nella dizione generica « spese per elezioni » si intendano comprese anche quelle per le elezioni politiche, è stata interpretazione ragionevole, perchè per mezzo delle elezioni politiche ai Comuni costituiti in collegio si dà il modo di partecipare per mezzo di un loro rappresentante alle più alte funzioni dello Stato, e si possono al pari delle elezioni comunali considerare i Comuni direttamente interessati nelle elezioni politiche, le cui spese ragionevolmente sono poste a loro carico.

Lo stesso argomento non si può addurre per le elezioni commerciali, perchè per l'articolo 1 della legge 6 luglio 1862 le Camere di commercio hanno per obbietto di rappresentare presso il Governo e di promuovere gli interessi commerciali e industriali. E sono quindi enti che hanno finalità speciali, a raggiungere le quali sono provvisti di entrate derivanti da determinate tasse che sono autorizzate ad imporre. Ora non essendovi una disposizione speciale che tali spese metta a carico dei Comuni, deve provvedervi l'ente, nel cui interesse le elezioni si fanno, coi mezzi di cui dispone.

Non si può ricavare argomento da una specie di equiparazione tra le elezioni comunali e le commerciali, perchè la legge del 1862 si riferisce alla legge comunale in quanto ai tempi e modi della formazione e della revisione delle liste, la costituzione degli uffici, ecc. Adotta in sostanza per le elezioni commerciali lo stesso procedimento disposto per le elezioni comunali.

Però è ragionevole che i Comuni, non trattandosi di aggravi, debbano apprestare i locali e provvedere all'affissione dei manifesti e alla distribuzione dei certificati. Ed è conveniente che il Ministero di agricoltura industria e commercio prenda in proposito accordi col Ministero dell'interno per determinare gli obblighi dei Comuni in rapporto alle lezioni commerciali.

P. q. m., opinano che le spese per le elezioni commerciali debbano porsi a carico delle Camere di commercio e che i Comuni siano tenuti a fornire i locali, a provvedere all'affissione dei manifesti e alla distribuzione dei certificati.

—

IV Sezione.

7 giugno 1901 — *Pres.* Giorgi — *Est* Pantaleone = Izzo c. Ministero delle Finanze.

Il provvedimento ministeriale col quale sia stato revocato dall'impiego un funzionario, in base ad imputazioni tanto generiche, che non gli consentivano neppure la possibilità di una qualunque seria difesa, deve essere annullato.

I limiti della controversia essendo determinati dai due motivi di illegittimità spiegati nel ricorso, relativi entrambi al procedimento disciplinare, e nulla essendo stato dedotto intorno alla correlazione del provvedimento della revocazione dall'impiego colle mancanze delle quali fu ritenuto responsabile il cav. Izzo, non è il caso di fermarsi a discutere le argomentazioni che si leggono nel ricorso e sulla memoria a difesa del provvedimento impugnato rispetto al valore reale del rapporto 5 genn. 1899, dell'intendente comm. Porta sull'esito della inchiesta da esso ordinata, dal quale, quando il rapporto fu presentato, parve al Ministero che niun addebito fosse risultato a carico del cav. Izzo, come si rileva dalle annotazioni fatte negli uffici ministeriali al rapporto stesso per mandarlo agli atti e da una lettera di carattere particolare del Ministro del tempo; mentre più tardi quando furono rinnovate le accuse a carico dell'Izzo, si credette di trovare in quel documento la conferma, sebbene palliata dalla benevolenza dell'Intendente, dei fatti per l'accertamento dei quali furono disposte le due inchieste.

Venendo ai motivi del ricorso, e incominciando dal secondo, che è il più grave, basta la semplice lettura della lettera in data 18 sett. 1900 allegata in originale al ricorso, colla quale il cav. Loffredo comunicava all'Izzo le imputazioni delle quali era chiamato a discolparsi, per convincersi che questi veniva posto in condizioni di non poter presentare nessuna efficace giustificazione, e di non poter altrimenti rispondere ad accuse generiche che opponendo denegazioni altrettanto generiche.

Se può fino ad un certo punto comprendersi che l'Amministrazione pubblica si trovi talvolta costretta, per qualche sua necessità, a non dover trascurare le delazioni anonime che le pervengono, o quelle fatte da persone

che non vogliono essere nominate, il che torna lo stesso, e a disporre in seguito a tali delazioni inchieste o ispezioni negli uffici e a carico degli ufficiali ai quali i fatti denunciati si riferiscono, non si ha da spingere lo scrupolo di non compromettere gli autori della denuncia fino al punto di non manifestare all'impiegato posto sotto inchiesta i fatti specifici pei quali è inquisito, affinchè non avvenga che egli possa per questa via venire a conoscere i denunciatori, e come denuncie raccolte in tal modo possano, senza essere passate al crogiuolo della discussione in contradditorio dell'incolpato, essere elevate a dignità di prova, e dare base a provvedimenti disciplinari così gravi come quello della revocazione dall'impiego.

D'altronde non è necessario nella specie di compromettere nomi per contestare al cav. Izzo in quali occasioni e per quali atti di favore avesse accettati regali e compensi; mentre mancava ogni ragione di andare con parole coperte rispetto a fatti, che, come le indebite ingerenze in uffici diversi dal suo, le sollecitazioni e le pressioni a vantaggio di privati o in danno dell'erario, risultavano, secondo dice lo stesso ispettore nella lettera sovracitata, da ordini dati dai capi delle varie sezioni dell'Intendenza agli archivisti rispettivi di non ottemperare alle domande dell'Izzo e dai reclami anteriori ed incessanti degli agenti a carico del medesimo per il contegno che teneva nella commissione d'appello delle imposte. A ciò si aggiungeva che uno dei testimoni a carico fu il cav. Puglia, già primo segretario nell'Intendenza di Caserta al tempo in cui vi era anche l'Izzo e autore della prima inchiesta, il quale per tale sua doppia qualità non poteva sottrarsi all'obbligo di apertamente dichiarare, anche occorrendo in confronto del detto impiegato, per quali motivi si fosse fatto un convincimento sfavorevole sulla condotta di esso.

P. q. m., ecc.

—

8 marzo 1901 — *Pres.* Giorgi — *Rel.* Pincherle = Castellari c. Ministero della P. I.

Le leggi di pareggiamento delle Università minori non ebbero per iscopo nè per effetto di aumentare il numero dei posti di professore ordinario assegnato alle varie Facoltà.

La tesi del ricorso si riassume in ciò, che per la legge 13 dicembre 1885, per il pareggiamento dell'università di Genova, il numero dei professori ordinari della facoltà di giurisprudenza deve ritenersi portato a dieci, e che perciò è contrario alla legge l'impugnato provvedimento con cui il Ministero della P. I. negò al ricorrente professore Castellari la promozione da straordinario a ordinario sull'erroneo supposto che quel numero sia di nove.

Per la legge 13 nov. 1859 le università si distinguevano e per gli insegnamenti che vi erano impartiti e quindi per i gradi dottorali che vi si potevano conferire (art. 52), e per il numero dei professori ordinari che era fissato differentemente per le università di Torino e di Pavia, da una parte, e per le università di Genova, di Cagliari e l'istituto universitario di Chambéry, dall'altra (articolo 70). Gli stipendi dei professori ordinari erano regolati in ciascuna facoltà in base alla tabella annessa alla legge stessa (articolo 71).

Pubblicata la legge 31 luglio 1862 sulle tasse universitarie, gli stipendi delle università governative vennero con l'art. 2 stabiliti in due misure: nella prima (lett. *A*) si noverarono i professori delle università di Bologna, Napoli, Palermo, Pisa, Pavia e Torino ai quali furono assegnate L. 6000 o 5000 secondo che avessero oppur no dieci anni o più di stipendio, alla seconda (lett. *B*) si assegnarono quelli delle università di Genova, Catania, Messina, Cagliari, Modena, Parma e Siena, i quali ebbero lo stipendio di L. 3600 o 3000. Ne venne nella pratica la distinzione fra università maggiori o primarie e università minori o secondarie, distinzione desunta massimamente dalla misura degli stipendi, e ne doveva pure necessariamente derivare che la più lauta retribuzione attirasse verso le prime i migliori elementi, e che questo fatto generasse negli enti provinciali e comunali presso cui era la sede delle seconde il desiderio di far assurgere anche queste a più elevata dignità con migliorare gli stipendi degli insegnanti. Questo pareggiamento fu raggiunto per le università di Catania, di Genova e di Messina con leggi 13 dic. 1885, per quelle di Parma, di Modena e di Siena con la legge 14 luglio 1887, e vuolsi ottenere anche per le altre università minori.

Sì nelle leggi del 1885 e sì in quella del 1887, sanzionandosi il pareggiamento, si ha sempre in vista e si abroga per le università che intendesi elevare di grado, la disposizione della lettera B del citato art. 2 della legge del 1862, e per l'università di Genova anche l'art. 52 della legge del 1859 in relazione alle due nuove facoltà che si aggiungevano a quelle esistenti, ma non la disposizione contenuta nell'art. 70 di quest'ultima legge. In altre parole, le leggi di pareggiamento dichiarano non più applicabile alle università che vogliansi pareggiate quella disposizione della legge del 1862 che

stabiliva gli stipendi in misura inferiore a quelli delle università primarie e fissano il contributo degli enti locali per la spesa che ne sarebbe seguìta, contributo che essi devono versare allo Stato affinchè questi corrisponda gli stipendi nella nuova misura e provveda alle altre spese derivanti dal pareggiamento.

E per parlare in ispecie dell'università di Genova (la cui posizione non è diversa da quella delle altre parificate), con la citata legge 13 dic. 1885 fu approvata e resa esecutoria la convenzione per il suo pareggiamento alle università indicate nell'art. 2 lett. A della legge 31 luglio 1862, convenzione conclusa fra il ministro della P. I. e i rappresentanti delle province e del Comune (art. 1). Venne perciò abrogato, per quanto concerne la detta università (oltre l'art. 52 della legge 1859 per la ragione già detta), il citato art. 2 lett. B della legge 1862, e nella convenzione annessa alla legge medesima si stabilì che il ministro avrebbe provveduto al pareggiamento di quell'università a quelle indicate nella lett. A; si dichiararono aggiunte alle facoltà e alle scuole in essa esistenti a carico del governo e ai corsi complementari di giurisprudenza istituiti dal consorzio universitario, due facoltà complete (di scienze fisiche e naturali e di filosofia e lettere), nonchè il primo anno della scuola di applicazione degli ingegneri e si determinò il contributo del consorzio per il pareggiamento nella somma di L. 108,000.

Da tutto ciò risulta (come sostiene l'avvocatura erariale) quanto sia esorbitante il concetto del ricorrente, che il pareggiamento sia stato voluto e attuato a tutti gli effetti e in particolar modo anche all'effetto che il numero dei professori ordinari sia in tutte le facoltà delle università pareggiate eguale a quello delle università cui furono parificate e perciò di dieci nelle facoltà di giurisprudenza. Se la diversità delle une dalle altre era sorta dalla legge del 1862 per il differente trattamento dei professori, se le leggi di pareggiamento tolsero in modo espresso codesta differenza, è arbitrario sostenere che esse abbiano altresì voluto adeguare gli organici o che tale adeguamento sia essenziale alla decretata equiparazione. Le università pareggiate continuarono anche per altro rispetto a essere diverse dalle maggiori non avendo esse tutte le facoltà che in queste ultime esistono.

Sebbene non possa disconoscersi che i documenti e le discussioni parlamentari da cui è uscita la legge di pareggiamento e a cui largamente attinse la valorosa difesa del ricorrente, offrano autorevoli manifestazioni a favore della sua tesi, dalla lettura di essi si trae altresì il convincimento che unanime fu il consenso su un punto, cioè che le spese di pareggiamento dovessero tutte sopportarsi dal consorzio e che lo Stato non avesse a risentirne il minimo aggravio finanziario. Allegata alla relazione presentata alla Camera dei deputati dalla Commissione che esaminò il progetto ministeriale, figurava la tabella nella quale era indicato il modo di erogazione del contributo della provincia e del Comune, quasi tutto rivolto al miglioramento degli stipendi dei professori, e in essa è determinato il numero dei professori ordinari, degli straordinari e degli incaricati, e quello dei primi per la facoltà di giurisprudenza è fissato in nove. Vero è che codesta tabella non figura allegata alla legge, ma se i suoi calcoli offrono i coefficienti di cui è composta la somma del contributo degli enti locali, e se il contributo fu in quella misura indicato nella legge di pareggiamento, ne risulta tutta l'importanza della tabella stessa per l'efficacia dell'argomento che se ne trae ad interpretazione dell'atto legislativo.

Invece l'aumento di posti di ordinario oltre i limiti segnati nella tabella e che per la facoltà di giurisprudenza sarebbe di uno, andrebbe a carico dello Stato, come in sostanza ammette il ricorrente stesso, non potendosi attendere alla ipotesi, pur da esso presentata, che siasi provveduto alla maggiore spesa con le economie derivanti dalle vacanze, potendo queste essere poche e di breve durata e ad ogni modo offrendo esse un dato troppo incerto.

P. q. m., rigetta il ricorso.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

Memorie originali

SULLA NECESSITÀ DI UNA LEGGE

PER

l'applicazione dei contributi speciali pei lavori di miglioria

Sommario.

Bibliografia. — 1. La natura del contributo speciale pei lavori di miglioria dal punto di vista finanziario. — 2. I contributi di miglioria nelle legislazioni straniere. — 3. Continua. — 4. Le opere di miglioria indici di progresso. — 5. Fondamento giuridico dei contributi di miglioria. — 6. Critiche e difese. — 7. A chi si possa concedere l'applicazione dei contributi di miglioria. — 8. Quali beni debbono colpire. — 9. Per poter imporre i contributi di miglioria occorre una legge. — 10. Per quali opere pubbliche si debba concedere l'imposizione. — 11. Difficoltà d'applicazione. — 12. Continua. — 13. Misura del contributo. — 14. Procedura per l'applicazione e garanzie. — 15. Necessità di una legge d'indole generale che provveda a stabilire norme per l'applicazione dei contributi speciali per qualsiasi lavoro di miglioria.

Bibliografia. — Relazione Pisanelli sul progetto di legge sull'espropriazione per pubblica utilità, 18 aprile 1864. — FRANCOLINI FELICE, Espropriazione motivata da lavori di pubblica utilità, Firenze 1874. — RONCALI, Riforma sociale, 10 aprile 1896. — SABBATINI, Legge sull'espropriazione per causa di pubblica utilità, vol. II. — Relazione dell'on. Edoardo Daneo al progetto per la dichiarazione di pubblica utilità per le opere di fognatura della città di Torino. — AUCOC; Droit administratif, vol. II. — V. ROSEWATER, Special assessment. — MEUCCI L., Istituzioni di diritto amministrativo. — R. DALLA VOLTA, I contributi speciali per i lavori di miglioria (Studio di finanza) 1896.

1. — Poche righe riguardo ai contributi speciali per i lavori di miglioria studiati dal punto di vista del diritto finanziario, e per precisare meglio l'indagine: quale sia la natura del contributo speciale considerato come entrata. E' ormai ammesso che le entrate degli enti amministrativi si distinguono in entrate demaniali, quelle con carattere economico patrimoniale ed alcune entrate eventuali (multe, eredità di beni vacanti), ed in entrate pubbliche distinte in contribuzioni generali (imposte) e speciali (tasse). Queste hanno per fondamento giuridico e finanziario il beneficio e vantaggio che il cittadino ne risente. Il costo del servigio reso deve venir calcolato secondo gl'insegnamenti della scuola prevalente sopra il totale della spesa per la totalità dei casi nei quali viene reso il servigio, o meglio, quando il servizio non sia indispensabile, vien dato più precisamente il criterio del

costo dal paragone che il cittadino fa fra il sacrificio di cedere la propria cosa per il servigio che viene accordato ed il sacrificio di non aver il servizio per non cedere la cosa propria. I secondi hanno per fondamento i bisogni sentiti dalle collettività ai quali provvedono gli enti i quali per soddisfarli colpiscono i cittadini, e la misura è data dalla capacità contributiva degli stessi.

Innanzi di esaminare a quale di queste categorie si possono ascrivere i contributi di miglioria, è necessario esaminarne l'intima natura, col ben precisarne gli elementi essenziali che si possono ridurre ai seguenti: che da un'opera, deliberata ed eseguita da un ente amministrativo, sia esso lo Stato, la Provincia, il Comune oppure enti consorziati, e producente un aumento di valore ad un bene immobile, il proprietario di questo ne risenta conseguentemente e direttamente un vantaggio il quale renda obbligatorio da parte di questo il concorrere in equa misura a sostenere la spesa dell'opera stessa.

Ora, senza addentrarci a svolgere l'intima natura delle tasse e delle imposte messe a confronto coi contributi di miglioria per rilevarne le differenze, diremo solo che i contributi di miglioria hanno caratteri di affinità tanto colle imposte che colle tasse, pur serbando in confronto delle une e delle altre caratteri differenziali. Siccome però il principale carattere dei contributi, come accennammo, è quello di essere un compenso per un determinato vantaggio arrecato, riteniamo che questa specie di contribuzioni abbia maggior affinità colle tasse delle quali potrebbe fare una categoria speciale. Così accennato alla figura dei contributi dal punto di vista del diritto finanziario, esaminiamola brevemente dal punto di vista del diritto pubblico italiano, premettendo alcuni cenni intorno alle legislazioni estere sul nostro tema.

2. — Nella legislazione francese i contributi pei lavori di miglioria appaiono stabiliti colla legge 16 settembre 1807, l'art. 30 della quale prescrive: « lorsque par suite des travaux déjà énoncés dans la presente loi, lorsque par l'ouverture de novelles rues, par la construction des quais, ou par tous autres travaux publics généraux, départementaux, ou communaux ordonnés, ou approuvés par le gouvernement, des propriétés privées auront acquis une notable augmentation de leur valeur, ces propriétés pourront être chargées de payer une indemnité, qui pourra s'élever jusqu'à la valeur de la moitié des avantages qu'elles auront acquis; le tout sera reglé par estimation dans les formes déjà établies par la présente loi, jugée et homologuée par la commission qui aura été nommée à cet effet ». Cotale disposizione, se venne in molti casi applicata, non lo fu sempre; così se in occasione di migliorie eseguite a Parigi, Lione, Grenoble, i contributi vennero stabiliti, in altre circostanze nella stessa Parigi, a Lione, a Marsiglia, quantunque i lavori fossero di gran lunga più importanti, la legge del 1807 non venne applicata. Ma neppure il Governo francese ha fatto diversamente di quanto

hanno fatto le amministrazioni degli enti particolari, e come questi non sempre curarono l'osservanza della legge riguardo ai contributi, così neppur esso si è curato di applicare i principi stabiliti, ed a dimostrazione si ricordano i lavori eseguiti nel 1855 per la costruzione di un quai sulla riva sinistra della Saona e quelli compiuti nello stesso tempo sulla Senna inferiore.

Nel Belgio, quantunque l'istituto dei contributi non sia stato stabilito con un'unica norma, pure trovò maggior applicazione che non in Francia. All'infuori del principio generale secondo il quale sono ammesse cotali contribuzioni, le singole città hanno il diritto di stabilire se, in qual modo e misura i proprietari contigui o confinanti debbono contribuire a sostenere la spesa dei lavori. Ognun vede come, stabilito in modo così generale il principio della contribuzione, questo poteva avere una grande applicazione non solo, ma il modo d'applicarlo variava da città a città.

In Prussia la legge 2 luglio 1875 stabiliva in sostanza, senza adottarne il nome, i contributi ai proprietari, il valore delle proprietà dei quali veniva aumentato per la costruzione di strade e piazze. La legge 14 luglio 1893 relativa alle spese comunali ha annovèrato fra le entrate comunali i contributi di miglioria che i comuni hanno facoltà di imporre e di riscuotere dai proprietari od utenti a seconda dei casi allo scopo di far fronte alle spese necessarie non solo alla costruzione delle spese d'interesse generale, ma anche alla loro manutenzione. Questa legge modifica quella del 1875 soltanto riguardo all'autorizzazione a stabilire contribuzioni più gravose sui terreni sulle aree dei quali dovevansi erigere fabbricati.

La legge prussiana del 1875 stabilisce che il proprietario che costruisca un fabbricato dopo che i lavori di costruzione di una nuova strada sono incominciati, oppure siano incominciati i lavori di miglioria ad una strada già esistente deve sottostare ad una contribuzione. La base per stabilirla è data dal costo (1) della costruzione o della miglioria fatta alla strada, la spesa di manutenzione per un periodo di tempo non superiore ai 5 anni, ed è dovuta in una quota parte della metà della spesa totale ottenuta dalla proporzione della linea di confine della proprietà sul fronte della strada e la lunghezza della strada.

3. — Nella legislazione inglese si hanno due leggi che provvedono ai contributi per lavori di miglioria, una del 1667 e l'altra del 1890. Con questa legge si provvedeva alla costruzione di case operaie, alla nomina di un arbitro allo scopo di stabilire la ripartizione fra i proprietari della somma da pagarsi per la demolizione necessaria, e la somma da corrispondere pel maggior valore della loro proprietà (2).

---

(1) Questo comprende la spesa d'acquisto, la fognatura, i mezzi necessarii per l'illuminazione, la selciatura, ecc.

(2) Venne osservato da alcuni scrittori che, perchè la demolizione degli edifici richiesta per la costruzione di case operaie, quantunque faccia crescere il valore

E' da ricordarsi anche il progetto del 1890 per l'allargamento dello Strand predisposto dal Consiglio della Contea di Londra, col quale venivano stabiliti i principî generali per l'applicazione dei contributi, i quali non dovevano eccedere nella loro totalità la metà della spesa incontrata. Ma la commissione incaricata dell'esame non ne accettava le disposizioni più importanti.

La questione venne sollevata nella Camera dei Lordi dal Conte di Morley e la proposta di nominare dalla Camera dei Comuni e dei Lordi una commissione mista per lo studio dell'argomento venne respinta dalla prima; tuttavia la Camera dei Lordi nominò una propria commissione, la quale nel 1894 concludeva, pur rilevando alcune difficoltà, non essere ingiusto il principio per se medesimo, potersi far contribuire i proprietari i cui beni avessero a risentire vantaggi pei lavori di miglioria. Fu respinta la proposta d'applicazione dei contributi pei lavori di miglioria nel bill pel Cromwell Road Bridge (1892) e nel bill London Improvenement (1893), venne accettata nel bill per la costruzione di un passaggio al Tower Bridge: così quest'istituto viene applicato anche in Inghilterra (1).

In America i contributi di miglioria s'incontrano per la prima volta sanciti in una legge di New-York del 1691 senza che potessero venire applicati. Solo più tardi pel grandioso sviluppo preso dai centri americani il sistema dei contributi pei lavori di miglioria incominciarono non solo ad applicarsi a New-York, ma anche col principio del secolo XIX e precisamente dopo la guerra di secessione ad attuarsi in altri Stati della Confederazione.

La legge di New-York del 1882, che regola la materia, distingue la natura delle migliorie a seconda che queste sono prodotte od a causa dell'apertura di nuove strade o dell'allargamento delle esistenti, ecc., oppure da lavori di miglioria alle strade; nel primo caso qualora si debba procedere ad espropriazioni per pubblica utilità la legge stabilisce la procedura davanti alla Corte Suprema, la quale nomina una commissione costituita da tre membri i quali hanno l'incarico di stabilire i danni ed i

---

delle costruzioni adiacenti, è ordinata in causa del danno che ne risente la casa adiacente, l'analogia con i contributi non è completa; però dal momento che è riconosciuto un aumento di valore per la demolizione degli edifici ingombranti e che la ripartizione è fondata sopra questo aumento e che le nuove costruzioni, stabilite nell'interesse, diremo quasi generale, portano di necessità dei miglioramenti, siamo d'avviso che la negata analogia invece esista.

(1) Per evitare gli abusi che possono talora derivare dall'applicazione dei contributi pei lavori di miglioria, hanno adottato un altro sistema che non ha dato quei risultati che i proponenti si aspettavano. L'amministrazione doveva farsi autorizzare ad espropriare una zona più estesa di quella che realmente occorreva per attuare le opere di miglioria progettate, espropriava tutta la zona per la quale aveva ottenuta l'autorizzazione, eseguiva quindi le opere di miglioria e vendeva il restante della zona che sopravvanzava ad un prezzo per le opere di miglioria eseguite, necessariamente superiore a quello che l'amministrazione aveva effettivamente pagato. Questo sistema, che teoricamente sembra semplice, nella pratica ha prodotto i suoi inconvenienti, e non lievi, inconvenienti che non possono sfuggire a chi voglia esaminarlo nella sua manifestazione, esaminare cioè le complesse e numerose questioni alle quali può dar luogo. Ed invero la pratica ha dimostrato che le amministrazioni, invece di risentirne un utile, dovevano soggiacere in generale a perdite.

vantaggi che possono derivare dall'attuazione dell'opera; nel secondo caso la procedura è più semplice: è l'ufficio degli assessori municipali che determina il contributo di miglioria nei limiti stabiliti dalla legge, cioè che il contributo non superi il vantaggio e la metà del valore imponibile della proprietà. La determinazione del contributo vien fatta seguendo criteri diversi. Ai cittadini colpiti dal contributo è concessa un'azione a tutela del proprio interesse contro l'illegale ed ingiusta tassazione.

Tralasciando di passare in rassegna alcuni Statuti dei Comuni italiani ed alcune leggi di qualche Stato avanti l'unificazione italiana contenenti qualche applicazione dei contributi; accenneremo soltanto ad alcune leggi italiane che stabiliscono i contributi speciali pei lavori di miglioria, dovendo più avanti dirne un po' diffusamente.

La legge 25 giugno 1865 sull'espropriazione per pubblica utilità contiene disposizioni che sanciscono l'obbligo del contributo e precisamente il cap. IV, tit. II, art. 17-82; così del pari la legge 30 agosto 1868 sulla costruzione delle strade obbligatorie e la legge 25 maggio 1893 sui consorzi irrigatori. Vi sono inoltre altre leggi che sanciscono l'obbligo del contributo: quella del piano regolatore edilizio e d'ampliamento di Genova, per la costruzione di via Nazionale a Roma, per la sistemazione della piazza del Municipio a Napoli, per l'ampliamento di via Meravigli e pel piano regolatore di Milano, pel piano regolatore di Bologna, ecc.

4. — La tendenza sempre più manifesta degli enti amministrativi, dal maggiore ai minori, ad eseguire lavori di miglioria, siano questi dettati da imperiose necessità igieniche, come da importanti interessi economici e perfino da bisogni che traggono la loro origine dall'arte, fa sì che i contributi di miglioria troveranno sempre maggior applicazione, e mentre essi saranno indice di progresso sociale, contribuiranno col profitto che ne risentiranno gli enti a rendere continua e sempre più estesa la loro applicazione. E mentre le cause determinatrici dei lavori di miglioria e conseguentemente l'imposizione dei contributi riconosciuti dalle nostre leggi sono poche, noi avremo mezzo di vedere come si tenda non solo ad aumentarle, ma anche a facilitare l'applicazione del contributo. E non può avvenire diversamente, i bisogni sociali aumentati, il progresso della scienza, delle industrie, lo sviluppo dei commerci rendono necessari importanti lavori di trasformazione nei centri urbani; di qui l'apertura di strade e piazze, l'allargamento di altre, di qui le spese per lo scolo delle acque di rifiuto, ecc. Questa continua tendenza si manifesta non solo nelle grandi città, ma anche nei centri rurali, dove il progresso specialmente dell'igiene richiede, sia pure in proporzioni minime, l'attuazione di lavori di miglioria, i quali poi per necessità finanziarie non potrebbero convenientemente attuarsi se oltre al concorso di tutti i consociati non contribuissero in modo speciale coloro che dalle dette opere ne risentono diretti ed immediati vantaggi.

5. — Questa imposizione di contributo, stabilita secondo le

forme necessarie determinate dai vantaggi che direttamente ne risentono i proprietari dei beni situati nei luoghi nei quali i lavori di miglioria vengono eseguiti, non può ritenersi ingiusta, perchè i vantaggi che ne risentono essi sono ben diversi da quelli che ne risentono tutti gli altri consociati ed appunto per questo diversa deve essere la misura di contribuzione degli uni e degli altri; così oltre all'imposizione necessaria per far fronte alle spese dell'opera ed applicata coi mezzi ordinari alla generalità dei contribuenti, è giusto che i cittadini, le proprietà dei quali ne risentono un aumento di valore, debbano contribuire in proporzione maggiore e in relazione all'aumentato valore delle loro proprietà. « Talmente notevole può essere il vantaggio speciale che deriva ai proprietari dei beni contigui dall'opera pubblica, da mostrarsi richiesto dalla suprema legge di giustizia che essi pure concorrano in qualche parte alle spese di esecuzione. Si presenta ovvio il pensiero che dalle grandi opere pubbliche si aumenti il benessere di tutto lo Stato e da quelle di minore importanza ritraggano vantaggio tutti gli abitanti della provincia e del comune. Cosicchè è giusto che siano eseguiti coi tributi generali o speciali cui tutti debbono concorrere in ragione del loro avere (1).

6. — Tuttavia all'istituto si muovono alcune obbiezioni. Si osserva innanzi tutto che coi contributi pei lavori di miglioria si esigono compensi, mentre i lavori non vengono chiesti e che tali compensi possono talora essere dannosi alle condizioni finanziarie dei proprietari; che la determinazione dei contributi è lasciata al criterio di uno o più individui e che essa ha per base un calcolo di probabilità che frequentemente potrà essere erroneo.

Si aggiunge che l'applicazione dei contributi è pericolosa in genere per gli abusi ai quali facilmente può dar luogo, ed è pericolosa ancora per la società moderna democratica perchè coll'accordare ad essa la facoltà di compiere lavori di miglioria e di obbligare i proprietari a concorrere nella spesa con contributi speciali può spingere la moltitudine non proprietaria a far deliberare lavori di miglioria non necessari in vista che essa moltitudine non proprietaria non dovrebbe sopportare alcun sacrificio. Un'altra obbiezione viene mossa col rilevare come non vi sia spesa pubblica che non abbia ad arrecare vantaggio a qualcheduno; ora non è giusto che in alcuni casi questo vantaggio venga pagato ed in altri no, come ad esempio la costruzione di un edificio quale un tribunale, una borsa, ecc. può arrecare vantaggio agli edifici vicini e farne quindi aumentare il valore senza che dai proprietari di questi si pretenda alcuna contribuzione.

Da ultimo si obbietta che i contributi speciali per i lavori di miglioria trasformano una parte dell'aumento dei valori fondiari da incremento non guadagnato in plusvalore guadagnato e questa

---

(1) Pisanelli, *Relazione al progetto di legge sull'espropriazione per pubblica utilità*, 18 aprile 1861.

trasformazione avviene nello stesso momento nel quale sorge il beneficio.

Alla prima di queste obbiezioni ha egregiamente risposto il Pisanelli coll' osservare che si avrebbe un' ingiustizia se a creare siffatta utilità speciale ad alcuni proprietari si obbligassero a concorrere gli altri contribuenti.

Molti lavori d'interesse generale non si compirebbero per le enormi spese a tal uopo necessarie se non vi concorressero i proprietari che ne ricavano immediato e speciale vantaggio come sono i lavori di bonificazione, l'apertura di vie nelle città ed altre simili opere.

L'amministrazione non deve lasciarsi priva di mezzi atti a vincere la resistenza irragionevole di una parte talvolta minima dei proprietari, i quali col loro pertinace rifiuto cagionano un danno al pubblico, agli altri proprietari ed a se stessi. Si risponde riguardo agli errori ed abusi che potrebbero verificarsi col rilevare come tutte le imposte danno luogo ad abusi ed errori, e questi abusi lamentati — e ciò lo ha dimostrato l'applicazione che dei contributi venne fatta in molte città dell'America — non sono più gravi di quelli che talora si verificano nell'applicazione delle altre specie di tasse e delle imposte; del resto questo pericolo d'errori e d'abusi potrebbe evitarsi con opportune garanzie e restrizioni.

La pratica dimostra per la successiva obbiezione che le imposte e tasse colle quali si colpiscono le proprietà si ripercuotono generalmente sui locatari; ora pei contributi di miglioria questo fatto ha maggior ragione di verificarsi perchè dal momento che essi vengono applicati per vantaggi che vengono apportati ai beni, i possessori di questi debbono risentire essi pure il vantaggio e conseguentemente contribuire alla lor volta in equa misura alle spese incontrate, ed è appunto questa ripercussione quella che servirà di freno a chiedere ed a deliberare opere di miglioria non necessarie.

La penultima obbiezione si presenta molto debole alla critica, poichè è diverso il fine nell'esempio addotto da quello che si cerca di ottenere coi lavori di miglioria: il fine di questi è appunto l'opera di miglioramento: nel primo il fondamento giuridico del contributo manca perchè la spesa non viene sostenuta per produrre quel determinato vantaggio che colla determinazione dell'opera di miglioria si è inteso di raggiungere; il fine nell'esempio proposto, costruzione di un palazzo di giustizia, è ben diverso, ed i vantaggi che l'erezione eventualmente ed in modo indiretto potrà arrecare non sono e non possono essere il fine per il quale si è eseguito il lavoro. All'ultima viene risposto col far osservare la giustizia della domanda di un contributo, che è dovuto, e perchè il proprietario sente direttamente i vantaggi, scopo del lavoro, non solo, ma anche perchè su nessun altro potrebbe tale contribuzione venire applicata più legittimamente.

Torna qui opportuno richiamare un'altra questione, quella cioè degli eventuali danni che possono venire prodotti alla proprietà

in dipendenza dell'esecuzione dei lavori di miglioria. Il Comitato della Camera dei Comuni in Inghilterra ritenne che il danno prodotto debba venire considerato solamente nel caso che un contributo per miglioria fosse stato imposto allo stesso proprietario per vantaggi arrecati alla proprietà nella immediata vicinanza del lavoro di miglioria.

7. — Non vi è dubbio che i contributi per i lavori di miglioria possano venire applicati non solamente dallo Stato, ma anche dalle Provincie, dai Comuni e dai Consorzi. Principio questo che risulta anche ammesso dalla legge sulle espropriazioni per pubblica utilità nel capitolo che regola le espropriazioni con obbligo di contributo. Infatti all'art. 82 viene stabilito che « le disposizioni di questo capo potranno essere applicate per legge anche alle opere che s'intraprendessero per conto delle Provincie, dei Comuni e dei Consorzi. Nulla è innovato alle disposizioni vigenti circa i Consorzi obbligatori ».

Dicemmo che riguardo agli enti pubblici amministrativi non vi poteva essere dubbio sulla loro facoltà di applicare i contributi; il dubbio sorge se tale facoltà può concedersi anche ai privati. Ma se appena si voglia fare un parallelo fra gli uni e gli altri risulta evidente quanto sia fallace l'avviso di coloro che tale facoltà vorrebbero concessa anche alle società private, persino agli stessi individui.

Basta invero considerare lo scopo ultimo dei lavori di miglioria eseguiti dagli enti amministrativi, e quello dei lavori fatti dalle società private e dagli individui: tanto gli uni che gli altri hanno per effetto delle migliorie, che eseguite dai primi sono più sensibili, perchè hanno di mira il vantaggio di una determinata località ed il fine pubblico; dai secondi invece, quantunque si possano avere dei vantaggi che potranno anche non essere tenui e remoti, non creano un vantaggio pubblico, ma un vantaggio esclusivamente privato. Da questa profonda differenza risulta evidente come questa facoltà deve venire esclusivamente concessa agli enti amministrativi, i soli che possano stabilire contributi per lavori di miglioria.

8. — I contributi speciali per lavori di miglioria colpiscono i beni che dalle opere ne risentono vantaggio. La legge italiana sulle espropriazioni distingue e provvede ai due casi che si riscontrano nell'applicazione. Infatti i vantaggi sentiti dai proprietari dei beni nell'esecuzione di un'opera di utilità pubblica riguardano beni parzialmente espropriati e beni non espropriati, ma confinanti o contigui all'opera produttrice dei vantaggi. Al primo caso provvede l'art. 41 (1) della legge, al secondo l'articolo 77 (2). [*Vedi nota a pag. seg.*].

(1) **Art. 41. Qualora dall'esecuzione dall'opera pubblica derivi un vantaggio speciale ed immediato alla parte del fondo non espropriata, questo vantaggio sarà estimato e detratto dall'indennità quale sarebbe se fosse calcolata a norma dell'articolo precedente. Se il vantaggio di cui è detto qui sopra sarà estimato a più di un quarto della indennità che, secondo l'art. 40, sarebbe dovuta al proprietario, questi potrà**

Secondo l'art. 41 non tutti i vantaggi, conseguenza dell'opera di miglioria, sentiti dai beni che vennero parzialmente espropriati, debbono venire calcolati per poterli dedurre dall'indennità stabilita per la proporzione dei beni espropriati, ma si deve tener conto solamente di quelli che siano propri del fondo stesso o di altri fondi posti nell'identica condizione in causa dell'espropriazione e dei conseguenti rapporti di diritto incorsi fra espropriati ed espropriante (1).

Come si vede, qui il criterio è più ristretto che non nel caso nel quale il contributo secondo l'art. 77 colpisce i beni situati nella zona nella quale vengono eseguiti i lavori di miglioria, inquantochè si tien conto di tutte le cause di aumento di valore dei medesimi che non sono quelle generali o comuni, e cioè tanto i vantaggi propri soltanto di alcuni fondi quanto quelli risentiti in genere da tutti gli stabili circostanti (2).

Si ha quindi ragione di osservare al Roncali che egli non teneva conto del disposto dell'art 77 della legge sull'espropriazione quando scriveva (3) che la legge italiana del 25 giugno 1865 sull'argomento prende in considerazione l'incremento di valore determinato dall'esecuzione di un'opera pubblica soltanto rispetto a fondi soggetti all'espropriazione.

9. — I contributi per lavori di miglioria non possono essere applicati che per legge, poichè trattasi di imporre ai cittadini obblighi pecuniari. E ciò non è solo richiesto dalla legge fondamentale dello Stato (4), ma ben confermato e specificamente prescritto dall'art. 9 della legge sull'espropriazione per causa di utilità pubblica col disporre che la dichiarazione di pubblica utilità deve farsi con legge quando per la esecuzione di un'opera debbasi imporre un contributo ai proprietari dei fondi confinanti o contigui alla medesima a termini dell'art. 77 della presente legge. Per legge furono appunto approvati i piani regolatori ed edilizi di alcune città, progetti delle opere di risanamento e di miglioramento di altre, perchè contenevano disposizioni impositive di contributi di miglioria.

abbandonare all'espropriante l'intero immobile pel giusto prezzo estimato a termini dell'art. 39, semprechè il giusto prezzo della parte del fondo espropriata superi il quarto del giusto prezzo dell'intero immobile. L'espropriante può esimersi dall'accettare questo abbandono, pagando una somma non minore dei tre quarti della indennità estimata a norma dell'art. 40. In ogni caso però la indennità dovuta al proprietario non potrà essere mai minore della metà di quella che gli spetterebbe ai termini dell'art. 40.

[*Nota della pagina precedente*]:

(2) Art. 77. Qualora in una legge che dichiara un'opera di pubblica utilità sia imposto ai proprietari di beni confinanti o contigui alla medesima l'obbligo di contribuire all'esecuzione in ragione del maggior valore che vengono ad acquistare le loro proprietà e non siano nella stessa legge indicate la misura del contributo e le norme da seguirsi per esigerlo debbono osservarsi le disposizioni seguenti.

(1) SABBATINI, *Legge sull'espropriazione per pubblica utilità.*

(2) R. DALLA VOLTA, *I contributi speciali per lavori di miglioria* (Studio di finanza), Firenze 1896.

(3) *Riforma sociale*, 10 aprile 1896.

(4) Art. 30 dello Statuto fondamentale del Regno.

La legge 12 luglio 1896 sulle opere di fognatura del comune di Torino, importante per altra ragione, va ricordata anche per aver stabilito coll'ultimo articolo che *ai comuni che ne faranno domanda potranno essere estesi per decreto reale col parere favorevole del Consiglio di Stato le disposizioni della stessa legge con le opportune varianti d'ordine tecnico sulle basi e misura dei contributi.* Con questa disposizione si è riconosciuta in certo modo la necessità di una legge generale riguardante l'applicazione dei contributi.

10. — I contributi speciali per i lavori di miglioria devono ammettersi per tutte quelle opere che sono destinate a produrre un miglioramento alle condizioni dei beni parzialmente espropriati o confinanti o contigui alle opere stesse, abbiano esse per movente la necessità di provvedere a bisogni igienici, economici od artistici. Nel diritto positivo italiano i contributi vengono ammessi nell'esecuzione di piani regolatori ed edilizi (1), quindi costruzione ed allargamento di strade e piazze, ecc., nella costruzione di strade obbligatorie (2), per consorzi irrigatori (3) e nell'esecuzione di opere di fognatura (4).

Nel Belgio i contributi vengono applicati non solo per la costruzione e l'allargamento delle strade e piazze, ma anche per altre numerose opere fra le quali l'apertura di canali, ecc. In alcune città americane vengono stabiliti oltre che per le opere più sopra accennate, anche per quelle di pavimentazione delle strade, di marciapiedi, di fogne, ecc. Ci sembra che l'applicazione dei contributi di miglioria non dovrebbe trovar ostacoli nella specie delle opere da compiersi; siamo d'avviso che per qualunque opera pubblica compiuta o dallo Stato o dalle Provincie o dai Comuni che pur avendo di mira il vantaggio e l'utilità pubblica produca vantaggi speciali ed immediati ai beni, siano essi parzialmente espropriati, siano invece confinanti o contigui all'opera stessa, si possa legittimamente applicare il sistema dei contributi speciali.

11. — Non si può negare però che nell'applicazione dei contributi s'incontrino delle difficoltà che sono inerenti alla natura stessa dell'istituto.

Nella relazione del Comitato dei Lordi in Inghilterra viene esplicitamente rilevata la difficoltà che si sarebbe incontrata nell'applicazione dei contributi; infatti in essa è detto che « l'effetto di un'opera pubblica circa l'aumento di valore degl'immobili adiacenti è dimostrato incerto dall'esperienza. Se in qualche caso particolare sia possibile per un perito di stabilire che un simile effetto è stato prodotto dal compimento di qualche opera pubblica è un punto sul quale le testimonianze raccolte da eminenti periti differiscono grandemente ». Ma se pure vi sono delle dif-

(1) Le leggi sull'argomento sono abbastanza numerose.
(2) Legge 30 agosto 1868, n. 4613.
(3) Legge 25 maggio, n. 1387.
(4) Legge 12 luglio 1896 sulle opere di fognatura del Comune di Torino.

ficoltà nell'applicare l'istituto, inquantochè non può non essere difficile la determinazione dei vantaggi che vengono prodotti dall'opera pubblica, non è questa ragione valevole per combattere un principio che è ispirato a giustizia, ma dovere di tutti è quello di cercare di eliminare le difficoltà e d'impedire abusi col tutelare i diritti dei proprietari. Ma, volendo prendere il toro per le corna, le difficoltà messe innanzi dagli oppositori vengono per opportunità esagerate, poichè non è vero che esse sieno inevitabili e del resto sono comuni a qualunque forma di contribuzione; basterà che vengano stabiliti alcuni provvedimenti atti a tutelare i diritti reciproci dell'ente che agisce e dei proprietari dei beni da colpirsi coi contributi.

12. — Anche la determinazione dei vantaggi presenta qualche difficoltà. La valutazione di essi non potrà farsi necessariamente con una norma generale, ma piuttosto per essere equa dovrà essere stabilita di volta in volta, perchè le diversità dei casi non possono che produrre variazioni anche riguardo all'entità dei benefizî. Ma non solo può essere diversa la determinazione dei vantaggi nelle varie opere, ma colla stessa spesa può derivare una diversa entità di benefizî, da ciò l'impossibilità di una determinazione generale. Vi ha un caso però che fa eccezione a questo principio, quando si tratta d'imporre i contributi per opere di fognatura, perchè in questo caso è possibile, e la legge che più avanti riportiamo lo dimostra, stabilire una norma sicura generale applicabile a tutti i proprietari. Ciò che è e sarà possibile in tesi generale sarà quello di indicare quale specie di vantaggi la competente autorità dovrà valutare e tener conto per la determinazione del contributo.

Da noi, col regolamento 5 agosto 1870 per l'applicazione della legge 14 agosto 1870 sancita per l'attuazione di opere di pubblica utilità da eseguirsi in Firenze, all'art. 3 si prescrive: « Costituiscono elemento di maggior valore da sottostare a contributo, l'aumento d'aria, di luce, di prospetto, la più larga, comoda circolazione, la cessazione d'oneri o di servitù, che d'apprima facessero carico del frontista o vicino e generalmente ogni sorta di vantaggi apprezzabili venuti al fondo dall'opera e per l'opera comunale ». Questa disposizione è stata prodotta anche nel regolamento che più avanti trascriveremo compilato pei contributi da assegnarsi ai proprietari confinanti colle opere di risanamento di Genova.

13. — La legge sull'espropriazione per pubblica utilità determina come debba venir calcolato il contributo quando a questo non provvedano le leggi speciali. Il contributo da pagarsi da ciascun proprietario dei beni che ne risentono vantaggio deve essere eguale alla metà del maggior valore risultante dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità. E' concesso però al proprietario di pagare il contributo contemporaneamente all'imposta prediale in decimi annuali fino all'estinzione dell'intera somma (1).

(1) Art. 77.

La parte poi espropriata non deve entrare nel calcolo per la determinazione del contributo dovuto dal proprietario per l'altra parte non espropriata e che dall'opera ha risentito dei benefizî (art. 79). E qui non possiamo tralasciare di ricordare l'osservazione del Say che a proposito dei contributi osservava: è soltanto evidente che non vi è realmente plusvalenza che pel suolo e non per gli edifizi che lo coprono, perchè quando una via assai stretta viene allargata è raro che le case che non sono state toccate per l'allineamento possano produrre tutto l'aumento del valor locativo di cui sono suscettibili senza che i proprietari debbano farvi miglioramenti dispendiosi. Quando il piccone e la scure hanno fatto subire ultimamente così utili allargamenti alle vie della Chanvrerie e del Petit-Hurleur le vecchie catapecchie rimaste in piedi, le cui facciate non avevano mai fino allora ricevuto un solo raggio di sole, hanno avuto vergogna della loro triste figura ed hanno fatto posto a nuove costruzioni.

L'osservazione è giusta, osserviamo col Dalla Volta, e trova riscontro in molti altri casi simili verificatisi un po' d'appertutto, ma non può dirsi che la cosa proceda sempre come negli esempi indicati dal Say, il quale ammette, del resto, l'equità del contributo per la plusvalenza dell'area.

Riguardo alla determinazione del contributo fatta dalla legge stessa dichiaratrice dell'opera di pubblica utilità ed autorizzante l'imposizione dei contributi, abbiamo un bell'esempio nella legge sulle opere di fognatura di Torino, legge che riproduciamo integralmente per la sua importanza sia per la tassazione sia per la procedura (1).

---

(1) Legge 12 luglio 1896 sulle opere di fognatura del Comune di Torino.

Umberto I Re d'Italia — Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato — Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:

1.° Sono dichiarate di pubblica utilità le opere di fognatura da seguirsi dal Comune di Torino, giusta il piano approvato dal Consiglio comunale con deliberazione 16 gennaio 1893 entro il termine di anni 15.

2.° A parziale corrispettivo della spesa di costruzione di tali opere il Municipio di Torino è autorizzato a chiamare a contributo i proprietari di stabili latistanti alle vie o siti aperti ad uso pubblico, dove viene eseguita la fognatura nella misura seguente:

a) Per la immissione delle acque meteoriche negli acquedotti o canali bianchi di nuova costruzione o di riforma L. 0.03 annue per ogni metro quadrato di aree possedute, escluse quelle adibite a pubblica viabilità, e ciò indistintamente per le aree coperte da fabbriche o destinate a cortili, a passaggi, a giardini od altri usi che non siano di scopo agricolo. La detta aliquota però sarà ridotta a L. 0.01 per le proprietà o parti di proprietà anche fabbricate destinate esclusivamente ad uso agricolo, se queste proprietà debbano per prescrizione municipale servirsi della fognatura. Rimane tuttavia salvo e riservato il diritto del Municipio di riscuotere altre L. 0.02 annue per metro quadrato quando la indicata proprietà o parti di proprietà ricevano una destinazione soggetta come sopra al pagamento dell'aliquota di L. 0.03. Nel caso in cui una proprietà fronteggi più vie o siti pubblici e che per intanto i canali bianchi siano stati costrutti solamente su qualche lato di essa, per modo che il Municipio, ad esclusivo suo giudizio, riconosca con motivata deliberazione, che la maggior parte dello stabilimento stesso non possa convenientemente usufruire i canali eseguiti, le sopra indicate quote saranno provvisoriamente ridotte alla metà, fermo l'obbligo al proprietario del pagamento integrale quando siano stati costrutti altri canali servibili allo stabile di cui si tratta.

b) Per la immissione di liquami di rifiuto di qualunque natura nelle fogne o ca-

14. — Per la procedura da seguirsi nell'applicazione dei contributi due sono i sistemi che nella legislazione positiva italiana s'incontrano applicati. L'uno non è altro, salvo non sostanziali differenze, che la procedura prescritta dalla legge sull'espro-

---

nali neri di nuova costruzione o riforma i proprietari sono tenuti a concorrere nella misura del terzo della spesa effettivamente incontrata dal Municipio per la costruzione dei canali neri, quale risulterà dal resoconto finale dopo il collaudo delle opere comprese nel piano anzidetto. Tale concorso sarà soddisfatto sotto forma di contributo annuo rispondente al ventesimo del concorso predetto ripartito in ragione del reddito imponibile dei fabbricati, con che però il contributo non possa mai oltrepassare la misura di 0.09 per ogni lira di reddito imponibile risultante dai ruoli in vigore per i fabbricati abitati. Finchè l'opera generale contemplata nell'art. 1 non sia terminata, il contributo rimane fissato e sarà esatto nella detta misura di 0.009 per ogni lira di reddito imponibile e le varianti alle quali il riparto finale desse luogo, non daranno diritto a rimborsi sulle quote delle annate decorse. Per i fabbricati di nuova costruzione è stabilita uguale aliquota per ogni lira di reddito imponibile presunto computato proporzionalmente sulla media dei redditi accertati delle fabbriche viciniori. Le quote di concorso annuo sono soggette a variazioni in correlazione ai risultati delle revisioni del reddito imponibile dei fabbricati. Sono eccettuati dalle disposizioni del presente articolo i casi nei quali con speciali convenzioni tra Municipio e proprietari siasi altrimenti regolato il concorso di questo alle opere di fognatura.

c) I proprietari di stabili che già fruiscono legalmente di scarichi di acque meteoriche o di rifiuto nei condotti stradali bianchi o neri già esistenti prima della nuova fognatura, semprechè tali condotti non vengano ricostrutti o riformati, non saranno sottoposti al pagamento delle quote stabilite ai precedenti nn. 1 e 2 rispetto a ciascuna spesa di scarico di cui già facciano uso. Ma se gli uni o gli altri canali venissero ricostruiti o riformati, i proprietari stessi dovranno pagare i due terzi delle quote risultanti dall'applicazione delle disposizioni precedenti, e ciò relativamente a cadauna specie di canali nei quali essa immissione ha luogo.

3.° Quando una proprietà fronteggi più vie od aree pubbliche e per intanto i canali bianchi o neri siano stati costrutti solamente su qualche lato o altrimenti avvenga che una parte del fondo non inferiore al quarto per estensione di superficie se si tratti di canali bianchi o per importo di contribuenza se si tratti di canali neri, non possa usufruire dell'una e dell'altra fognatura, la quota rispettivamente dovuta sarà proporzionalmente ridotta, fermo l'obbligo di pagarla per intero allorquando il fondo potrà convenientemente servirsi delle fogne stesse. I proprietari di fondi che già fruiscono legittimamente di scarico di acque o materie di rifiuto nei canali stradali bianchi o neri già esistenti, finchè tali canali siano ricostruiti o riformati, non saranno soggetti agli anzidetti contributi per la costruzione delle specie di canali dei quali già usufruiscono. Ma nel caso di ricostruzione dell'uno o dell'altra specie di canali i proprietari stessi saranno soggetti ai rispettivi predetti contributi, ma questi saranno ridotti di un terzo, e ciò relativamente a ciascuna specie di canali dei quali abbia luogo la riforma o ricostruzione. Quando però effettivamente risulti che posteriormente al 1843 siasi da un proprietario o suoi autori pagato uno speciale e determinato concorso per la costruzione di canali neri o bianchi e la somma pagata sia superiore al terzo del concorso che sarebbe dovuto in base a questa legge, calcolato il capitale secondo le norme dell'art. 5, non si potranno esigere dal medesimo in nessun caso altri contributi che per la differenza tra il concorso pagato e quelli imposti da questa legge. Il contributo annuale da pagarsi corrisponderà in tal caso al ventesimo della differenza e potrà essere affrancato colle norme dettate dall'art. 5.

Art. 4. Per la manutenzione della fognatura il Municipio di Torino è autorizzato a chiamare a concorso tutti indistintamente i proprietari di fondi aventi immissioni per lo scolo di materie di rifiuto nei pubblici canali di antica e nuova costruzione nella misura di L. 0.001 per ogni lira di reddito imponibile come sopra accertato.

Art. 5. È fatta facoltà ai proprietari di affrancare le loro proprietà dalle indicate quote di concorso, tanto per i canali bianchi quanto per i canali neri mediante il pagamento in qualunque tempo di una somma pari a venti volte l'annualità dovuta per cadauna specie di canali in base alla presente legge. Qualora però nelle proprietà così affrancate venissero fatte nuove fabbricazioni o sopraelevazioni, per cui ne seguisse un aumento di reddito imponibile di almeno un quinto del reddito precedentemente accertato, sarà pagato al Municipio un supplemento di quota proporzionale all'aumneto effettivo del reddito e da computarsi sempre sulle basi già indicate.

priazione di pubblica utilità per la determinazione dell'indennità dovuta ai proprietari dei beni espropriati, e questa procedura è contenuta negli articoli 32, 34, 36, 37, 38 della legge stessa, richiamati nel regolamento 29 novembre 1896 (1). L'altro sistema,

---

Art. 6. I contributi di cui è parola nell'art. 2 avranno natura di tassa e godranno quindi di tutti i privilegi fiscali attribuiti per l'accertamento e la riscossione degli oneri pubblici anche a termini dell'art. 1962 del codice civile.

Art. 7. Il contributo per la costruzione è dovuto e vien calcolato dal primo giorno dell'anno solare successivo all'attivazione della fognatura nuova o riformata bianca o nera rispettivamente inserviente a fondi colpiti da contributo. Quello per la manutenzione sarà dovuto dall'anno successivo al collaudo finale delle opere di fognatura contemplate dal piano al quale si riferisce l'art. 1.°. La Giunta comunale forma e pubblica non più tardi del 1.° novembre e per quindici giorni il ruolo dei proprietari chiamati a contributo per l'anno successivo. Tutti i reclami sull'entità dei contributi assegnati e ogni altra contestazione elevata in base alla presente legge, saranno proposti entro il mese di novembre e saranno inappellabilmente risolti da una Giunta composta di un presidente, consigliere d'appello nominato dal primo presidente della Corte d'appello e da quattro membri nominati dal Consiglio comunale fuori del suo seno, e dei quali due almeno dovranno scegliersi tra i proprietari chiamati a contributo. Essi durano in carica un triennio e sono rieleggibili.

Art. 8. Per l'esecuzione della presente legge il sindaco di Torino è investito della facoltà concessa dall'art. 16 lettera *a, b, c, d, e, f, g, h* della legge sul risanamento della città di Napoli, 15 gennaio 1885, n. 2892, cioè può emanare speciali ordinanze:

b) per soppressione di pozzi o cisterne che siano per causa permanente pericolosi alla salute dei cittadini;

c) per rimozione di cause d'insalubrità delle acque e delle abitazioni;

d) per chiusura e rifazione di ogni canale o tubo di scarico delle case o per obbligo a costruirlo;

e) per obbligo al proprietario il cui immobile manchi di acqua potabile da fornirsene in determinato tempo;

f) per obbligo al proprietario di non impedire al condomino o all'inquilino che lo chieda il passaggio di conduttura d'acqua;

g) per multe a carico dei contravventori le quali potranno estendersi fino al doppio della somma occorrente per la esecuzione del lavoro ordinato;

h) per l'esecuzione dei lavori a carico dei contravventori.

L'uso di queste facoltà è accordato dal giorno nel quale la Giunta municipale abbia disposto per iniziare entro l'anno la costruzione o la riforma delle fogne bianche o nere una determinata zona della città e relativamente ai fondi compresi nella zona stessa e si protrarrà per due anni posteriormente al collaudo delle relative opere. I reclami contro le ordinanze del sindaco saranno risolti secondo le disposizioni dell'art. 17 della suddetta legge 15 gennaio 1885.

Art. 9. È abrogata ogni disposizione contraria relativa alle materie regolate dalla presente legge.

Art. 10. Con regolamento speciale da approvarsi con disposizione di polizia locale, a mente dell'art. 81 del regolamento 10 giugno 1889 per l'esecuzione della legge comunale e provinciale, saranno determinate le modalità di esecuzione della presente, nonchè i lavori speciali che dovranno essere eseguiti dai proprietari nelle rispettive loro proprietà per coordinare gli scarichi dei loro stabili colla fognatura generale della città.

Art. 11. Ai Comuni che ne faranno domanda potranno essere estesi per decreto reale e col parere favorevole del Consiglio di Stato le disposizioni della presente legge, con le opportune varianti d'ordine tecnico sulle basi e misura dei contributi.

Ordiniamo ecc.... Dato a Roma, addì 12 luglio 1896.

(1) R. decreto n. 587, 29 novembre 1896. Regolamento pei contributi assegnati ai proprietari confinanti colle opere di risanamento in Genova. Vista la legge 1.° agosto 1895, n. 466, che approva il piano regolatore di ampliamento della città di Genova nella parte alta del sestiere di S. Teodoro; visto il regolamento per l'esecuzione della legge stessa... È approvato l'annesso regolamento.

Art. 1. La nota dei proprietari liberi ed enfiteutici di edifizi, case e terreni posti a contributo dovrà per cura della Giunta municipale compilarsi e pubblicarsi prima del cominciamento delle varie opere pubbliche comprese nel piano in conformità dell'art. 17 della legge 25 giugno 1865. Per le opere già costrutte o in corso di costruzione questa pubblicazione sarà fatta entro tre mesi dalla pubblicazione del presente regolamento.

Art. 2. Costituiscono elemento di maggior valore da sottoporsi a contributo: l'aumento d'aria, di luce e di prospetto, la più larga e comoda circolazione, la mag-

che noi troviamo più conveniente, è quello che si è adottato per i contributi per le spese di fognatura della Città di Torino all'art. 7, sia perchè più spedita, sia perchè offre maggiori garanzie ai proprietari soggetti a contributo, spettando ad essi la nomina di due dei cinque arbitri che devono giudicare inappellabilmente ogni controversia elevata in base alla stessa legge. Col sistema stabilitto colla legge sull'espropriazione per pubblica utilità il proprietario del fondo gravato di contributo può abbandonarlo all'espropriante pel giusto prezzo estimato a termini dell'art. 39 della stessa legge. Ora queste garanzie non possono che diminuire quegli eventuali abusi od errori che, come abbiamo già rilevato, si incontrano anche nelle altre forme d'imposizioni. Ma, oltre a provvedere a stabilire queste garanzie a favore dei proprietari dei beni sottoposti a contributo, la legge ha anche stabilito che per sicurezza del pagamento del contributo compete all'espropriante un'ipoteca sopra il maggior valore che il fondo ha acquistato per l'esecuzione dell'opera pubblica. Quest'ipoteca dovrà essere iscritta nei modi e nei termini stabiliti dalle leggi civili per la conservazione delle ipoteche legali (cod. civ., articolo 1964 e seg.).

---

gior sicurezza d'accesso, la cessazione di oneri o di servitù gravanti il frontista o vicino, il prosciugamento o risanamento di terreni acquitrinosi o malsani, il cambiamento in aree fabbricabili di suoli prima destinati alla semina ad orti, giardini, ville e generalmente ogni sorta di vantaggi apprezzabili venuti al fondo dall'opera e per l'opera comunale.

Art. 3. Dentro quindici giorni dal giorno che la strada abbia ricevuto la sua regolare sistemazione, dovrà dal Comune notificarsi nella forma delle citazioni ai proprietari di che nell'art. 1 il maggior valore attribuito alla loro proprietà con invito nei quindici giorni successivi ad accettarlo o a concordare un'altra liquidazione in iscritto col proporzionale contributo portato dagli articoli 78, 79 della legge 25 giugno 1865.

Art. 4. Scaduti i quindici giorni senz'accettazione o concordato da parte dei proprietari notificati, verrà, per cura del sindaco, trasmesso al presidente del tribunale civile l'atto di notificazione con la relazione peritica, in appoggio alla quale venne attribuito il maggior valore perchè abbia senz'altro luogo la stima secondo la procedura tracciata dagli articoli 32, 34, 36 e 38 di detta legge.

Art. 5. Per le spese giudiziarie di nomina di periti e di perizia saranno osservate le norme contenute nell'art. 37 della legge 25 giugno 1865 sulle espropriazioni.

Art. 6. Il presidente del tribunale trasmetterà al sindaco la relazione dei periti con tutti i documenti, la liquidazione delle spese relative e l'assegno delle medesime colle norme dell'articolo precedente. Il sindaco notificherà nella forma delle citazioni le conclusioni della perizia al proprietario chiamato al contributo, per gli effetti dell'art. 51 della legge 25 giugno 1865.

Art. 7. La prima quota del contributo scadrà con la prediale dell'anno successivo al compimento di ciascun tratto dell'opera ai termini dell'art. 3 per proseguire a decimo di anno in anno com'è detto nell'art. 78 della detta legge.

Art. 8. L'ipoteca di cui all'art. 81 della legge 25 giugno 1865 verrà per ordine del Comune iscritta nei venti giorni dalla notificazione ordinata coll'art. 3 per la risultante somma di contributo.

Art. 9. I proprietari delle aree fabbricabili, dei caseggiati ed altri edifizi, compresi nel piano, confinanti o contigui non potranno eseguire alcun lavoro se non avranno preventivamente date al Municipio sufficienti garanzie che gli assicurino l'incasso delle quote di contributo che saranno poste a loro carico, giusta il regolamento per la esecuzione della legge che dichiara di pubblica utilità il piano in discorso. Queste garanzie saranno stabilite dalla Giunta municipale a seconda dei casi e delle circostanze.

Art. 10. Decorso il termine prefisso dall'art. 5 della legge 1.° agosto 1895, n. 466. se il Municipio non avrà aperte e costrutte le strade, piazze e giardini segnate nel piano approvato, rimarranno sciolte le garanzie prestate a norma dell'art. 9.

15. — L'esame della questione, per quanto in modo succinto compiuto, ha dimostrato come i contributi speciali di miglioria troveranno in avvenire applicazione sempre più frequente; basta invero per convincersene fare il confronto fra la timida apparizione dei contributi nella legislazione italiana nel 1865, e lo stesso Pisanelli nella sua relazione confessava che non senza esitanza si era determinato ad ammettere in alcuni casi il principio dell'obbligo del contributo dei privati all'eseguimento di un'opera di pubblica utilità, perchè prevedeva le gravi obbiezioni che si potevano fare, e la frequenza colla quale vennero in questi ultimi anni stabiliti. E poichè siamo convinti che ancor più numerosi saranno i casi che richiederanno l'applicazione dei contributi crediamo di dover insistere sulla necessità della compilazione di una legge generale che, mentre regoli i contributi, possa venire applicata in ogni caso. E' opportuno, come ben osserva il Dalla Volta, che in previsione di opere di miglioria richieste da ragioni demografiche od igieniche sia per rendere più agevole il compimento, sia, e a maggior ragione, per atto di giustizia verso i contribuenti, è opportuno, diciamo, che il legislatore provveda a fissare i criteri direttivi per l'applicazione del contributo di miglioria, in quali casi cioè possono richiedersi dai corpi locali, in qual misura e con quali garanzie per le persone cui può incombere l'obbligo del contributo. Poche, ma precise norme in proposito toglierebbero la necessità di dovere in ogni singolo caso promuovere un disegno di legge da sottoporre al Parlamento. Tanto più che questa necessità la si è sentita nell'ultima legge votata, quella cioè sulle opere di fognatura della Città di Torino. Chiudiamo anche noi facendo voto, come già da altri è stato fatto, che presto venga una legge che semplificando la procedura dia mezzo agli enti amministrativi di applicare in prestabiliti casi i contributi speciali per i lavori di miglioria senza che si debba ricorrere in ogni singolo caso ad una legge speciale.

Avv. Giambattista Luè.

I LIMITI DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ

(*Continuaz. e fine — V. N. 10*).

CAPITOLO III.

Il fondamento razionale dei limiti del diritto di proprietà.

In tutta la storia della filosofia del diritto moderno troviamo stabilita una dottrina razionale intorno ai limiti della proprietà privata. Nel corso della sua evoluzione, però, non sempre tale

dottrina si è fondata sull'armonica coesistenza dei due elementi di cui risulta la proprietà privatata, l'individuale ed il sociale, imperocchè talvolta si è disconosciuta la vera natura dell'elemento individuale, tal'altra si è negato il sociale; ma è di somma importanza il riconoscere che scrittori i quali partivano da principî diversi nello stabilire il fondamento della proprietà privata, ciascuno poi per la via sua, s'intende, sia pervenuto a stabilire una dottrina più o meno perfetta intorno ai limiti di essa. Ciò vuol dire, se non altro, che una tale dottrina era già stabilita nella co· scienza giuridica comune ed i cultori della scienza del diritto, adempiendo all'ufficio loro, l'hanno man mano elaborata.

La prima volta la dottrina razionale dei limiti della proprietà è apparsa con Ugo Grozio, il quale, pur fondando erroneamente la proprietà privata sul consenso espresso o tacito degli individui, mentre il fondamento di essa, siccome abbiam visto, risiede nella natura stessa dell'uomo, non concepisce il diritto di proprietà illimitato, assoluto e incapace di qualsiasi restrizione da parte dello Stato, ma invece afferma che quando per mutuo consenso degl'individui si stabilì che ciascuno ritenesse per sè ciò che avesse occupato, in luogo della primitiva, originaria comunione dei beni, gl'individui, in caso di suprema necessità e subordinatamente a certe condizioni, potevano usare delle cose di privato dominio come se ancora fossero comuni. Ed in conseguenza di tali principî, il grande giureconsulto olandese assegna allo Stato un diritto di dominio eminente sulle proprietà private, il quale si concreta nell'espropriazione per causa di pubblica utilità, previo indennizzo al proprietario (1).

Tommaso Hobbes concepisce in modo differente da Grozio la proprietà e quindi ai limiti a cui deve andar soggetta assegna un fondamento diverso. Egli afferma che quando gl'individui uscirono dall'originario stato di natura che li faceva vivere in guerre continue, si strinsero in società, e ciascuno si spogliò dei suoi diritti a favore dello Stato che assunse la protezione di tutti ed ebbe un potere assoluto perchè considerandosi la proprietà privata come una concessione dello Stato o del sovrano che lo rappresenta, questi si riservò su di essa tutti quei diritti che credette necessarî per la conservazione dello Stato stesso e pel bene generale.

Tanto la dottrina di Grozio che quella di Hobbes, però, non rispondono alla vera teoria dei limiti della proprietà non concependo l'elemento individuale nel suo vero valore, poichè assegnando come fondamento della proprietà o il mutuo consenso degl'individui, o la concessione dello Stato, non le assicurano stabilità, giacchè quel consenso o quella concessione come hanno creata la proprietà potrebbero del pari abolirla (2).

Sul finire del secolo XVII il Locke, per il primo, ricerca nel-

---

(1) GROZIO, *De iure belli et pacis*, lib. II, cap. II, §§ 2, 4, 7, 8, 9 e cap. XIV, § 8.
(2) Vedi STHAL, *Die philosophie des Rechts*, vol. I, lib. III.

l'uomo stesso il fondamento del diritto di proprietà riponendolo nel lavoro individuale. E coerentemente a questa sua teoria afferma che originariamente, la proprietà aveva due limiti in quanto che non si poteva estendere che fin dove era possibile il lavoro, nè si potevano occupare le cose non necessarie ai proprî bisogni. Quando però apparve la moneta che permise acquisti illimitati, questi limiti originarî sparirono e la proprietà privata rimase un diritto assoluto, illimitato e come tale doveva riconoscerlo e garentirlo lo Stato fondato, per lui, sul contratto.

Con tale dottrina, sebbene il Locke abbia segnato un notevole progresso sulle precedenti in quanto che, per il primo, cerca nell'uomo il fondamento del diritto di proprietà, si allontana, più che non fecero quelle, dalla teorica vera dei limiti della proprietà, giacchè invece di conciliare l'elemento individuale col sociale, egli nega completamente il secondo.

Questi due elementi del diritto di proprietà furono riconosciuti per la prima volta nel loro vero valore dal nostro Giambattista Vico, il quale nel libro *De uno universi iuris principio et fine uno,* pubblicato nel 1720, dimostra come la proprietà fondata sulla natura stessa dell'uomo, *homini innata,* non possa andare esente da limiti, che anzi questi ne costituiscono una necessità imprescindibile. Ed egli afferma che l'uomo è obbligato ad alcune relazioni morali verso i suoi simili, perchè per sua natura essenzialmente socievole. « Atqui homo non solum ratione et sermone, sed vultu quoque a brutis animantibus differt, bestiae enim faciem habent, vultum non habent, igitur homo natura factus non ad suas solius ut ferae bestiae, sed ad communicandas cum aliis hominibus utilitates. Atqui natus in primis est ad societatem veri rationisque colendam: igitur factus ad communicandas utilitates ex vero et ratione: utilitates autem ex vero et ratione sunt quae demonstrato commensu constant nempe aequum bonum: igitur homo natura factus ad communicandas cum aliis hominibus utilitates ex aequo bono, societas est utilitatum communio, aequum bonum est ius naturae: igitur homo est natura socialis » (1). E da questi principî, il sommo filosofo napoletano fa discendere che la proprietà non ha da essere governata solo dalla *cupiditas,* cioè dall'egoismo giacchè *cupiditatem gignit* φιλαυτια *sive amor sui ipsius,* ma anche dalla *ratio* o *vis veri quae est iustitia quantum utilitates dirigit et exequat, quae est unum universi iuris principium unusque finis.* Per lui, quindi, l'ordinamento della proprietà deve risultare dall'armonica coesistenza dell'utile individuale e di quello dell'intera comunanza sociale, poichè il dominio e la libertà sono generate dell'uso moderato delle cose utili: « Prudens utilitatum destinatio, hoc est destinatio facta ratione, non cupiditate suadente, gignit dominum: temperatus utilium usus gignit libertatem, quae in aequabili rerum usu consistit » (2). Ed egli assegna allo Stato un *dominium eminens*

---

(1) VICO, *De uno univ. iur. princ. et fine uno,* § LXV.
(2) VICO, *ibid.* § LXXI.

che, osserva il Miraglia, « è la ragione sociale limitatrice e non quel dominio eminente per cui lo Stato si dichiara proprietario di ogni cosa » (1), e come, del resto, il Vico stesso dichiara: « Dominium eminens potestas civilis communis boni causa in rebus et personis civium exercet, omni iure privato potius » (2). La potestà civile ha questo dominio solo per coordinare l'utile individuale e quello del Tutto sociale, per stabilire così quella che egli chiama *iustitia architectonica* e che definisce per quella che « civilis felicitatis imperat opus, a virtutibus civilibus faciendum », e della quale, conchiude, suprema legge è l'interesse sociale, *suprema lex populi salus est* » (3).

Emanuele Kant stabilendo il principio che la proprietà, pur fondandosi sul diritto della persona, richiede, d'altra parte, come condizione necessaria e indispensabile perchè possa esistere nella sua vera natura, la società civile, lo Stato da cui riceve tutela e garentia, « speculativamente anch'egli afferma », nota benissimo il Cocchia, « il diritto dello Stato ad apportare alla proprietà privata tutte le limitazioni che siano necessarie per armonizzarle cogl'interessi sociali. E invero, se è necessario per l'esistenza della proprietà il riconoscimento dello Stato. è chiaro che lo Stato non possa impartirlo se non in conformità della sua missione e del suo fine, ed in conseguenza con tutte quelle limitazioni che siano necessarie per la tutela degl'interessi generali della società di cui esso è rappresentante e custode. E in effetto oggi lo Schmöller fonda appunto la dottrina delle limitazioni della proprietà sul principio che è soltanto nello Stato e per effetto di questo, che la proprietà ha la sua esistenza formale (4).

Nella prima metà del secolo nostro la teoria dei temperamenti imposti alla proprietà individuale nell'interesse sociale fu, come innanzi ho notato, ampiamente svolta e giustificata nel suo vero senso da due nostri illustri filosofi, Gian Domenico Romagnosi ed Antonio Rosmini.

Il Romagnosi distingue un *dominio naturale* da un *dominio civile*, e considerando il primo come *la facoltà di usare liberamente di una cosa posseduta*, ed il secondo come *la facoltà di usare liberamente di una cosa posseduta, salvo ogni contemperamento necessario sociale*, conchiude col definire il dominio civile: *dominio naturale socialmente contemperato secondo le necessità della convivenza.*

E poi soggiunge: « Quando il privato serve alla legge della convivenza, non serve all'altro privato, ma alla necessità delle cose ed a sè stesso. Non è dunque tolta la padronanza col contemperamento: e quindi il dominio naturale non è mutato, ma solamente *atteggiato*. E qui guardar ci dobbiamo dalla volgar

(1) Miraglia, *Filos. del dir.*, parte II, cap. IV.
(2) Vico, *ibid.* § CVIII.
(3) Vico, *ibid.* § CXXII.
(4) Cocchia, *I limiti della propr.*, I.

maniera di pensare, per cui si suole riguardare l'attributo di *civile* come *fuori* della ragion naturale. Imperocchè lungi che la vera ragion civile sia fuori della naturale, essa è anzi l'unica, la reale e la piena ragion naturale, per ciò stesso che la socialità è di rigorosa naturale necessità, e nello stato sociale solamente l'uomo può essere ragionevole e potente a provvedere ai suoi bisogni, e sicuro ed aiutato per costituire il vero genere umano. Il necessario contemperamento non distrugge, ma pone in armonia, non indebolisce, ma rinforza, non toglie la maggiore utilità al privato, ma l'accresce e l'assicura » (1). Ed altrove egli afferma: « Gli umani consorzî di convivenza stanno fra due estremi disastrosissimi. Il primo è la brutalità selvaggia, il secondo la schiavitù aggregata. Nel mezzo sta il campo della pace, dell'equità e della sicurezza, il quale, a proporzione che si accosta ai due estremi, ne riveste i colori e le tendenze, e fa nascere uno stato più o meno misto. A proporzione che le genti si avvicinano al punto culminante di mezzo divengono più incivilite. Spingendo ancora più addentro l'attenzione voi ravvisate i due sommi principî della *individualità* e della *socialità* (la quale in ultima analisi altro non è che la stessa *individualità conversa*) nell'ultima loro nudità naturale. Tutta la fondamentale energia, tutto il centro reale dei movimenti sociali sta in questo principio: esso costituisce la *vis vitae* degli umani consorzî. Qui la natura consuma quell'apparente nimicizia che passa fra le pretese individuali e la moderazione sociale: qui stogliando e rafforzando passo passo l'individuo trasfonde i diversi poteri nel corpo sociale, e da questa fusione la monade individuale acquista tutta la sua benefica possanza » (2).

Anche il Rosmini, la cui dottrina concorda pienamente con quella di Romagnosi, giustifica nella sua *Filosofia del diritto* la teoria dei limiti della proprietà. Egli procede da un'opportuna distinzione da me notata nel capitolo primo, tra la *proprietà* e il *diritto di proprietà* (la prima corrispondente al *dominio naturale*, la seconda al *dominio civile* del Romagnosi) dimostrando che la *proprietà* indica solo la relazione materiale che una persona ha con la cosa sua, mentre il *diritto di proprietà* non può concepirsi se non fondato in alcune relazioni morali verso gli altri uomini. E quindi afferma che se la *proprietà* come *fatto* dell'umana natura, cioè in quanto è facoltà che ha l'uomo di appropriarsi delle cose esterne è qualche cosa di illimitato, *il diritto di proprietà*, invece, è limitato. E l'insigne roveretano soggiunge: « La proprietà considerata come diritto ritiene assai della proprietà considerata come fatto: perchè quella non è che questa sottoposta al temperamento della ragion morale che prescrive di non usare della proprietà di fatto in modo che chi ne usa senza un vantaggio di sè produca danno agli altri. Il diritto di pro-

(1) Romagnosi, *Della rag. civ. delle acque*, §§ 325, 326, 327, 329.
(2) Romagnosi. *Ved. fond. sull'arte log.* lib. IV, XII.

prietà ritiene tutti i caratteri della proprietà di fatto, fino a tanto che ella non cozza coll'operare immorale che abbiamo indicato in questa proposizione: « la proprietà deve cedere tostochè non giova a chi la ha e nuoce agli altri », sia coll'impedir loro i beni, sia col procacciar loro i mali. E qui si noti che con ciò che noi abbiam detto, non leviamo già la linea che separa la giustizia giuridica della beneficenza. Anzi questa linea noi la manteniamo di continuo siccome importantissima, vera e necessaria. La questione che s'agita è tutta giuridica; si tratta di stabilire fin dove vada il diritto, il diritto nel suo vero e proprio significato ». E, dopo d'aver meglio segnata questa linea di demarcazione, conchiude: « operare in modo da evitare a sè un danno, o da procacciare a sè un bene, senza danno altrui, nè impedimento di bene, quantunque s'usi dell'altrui proprietà di fatto, non è lesione dell'altrui diritto, ma è un operare giuridicamente lecito e valido e può talora mantenersi fin colla forza » (1).

Fra coloro che nel nostro secolo hanno sviluppata in modo precisa la teorica dei limiti del diritto di proprietà deve specialmente annoverarsi in Germania, il Trendelenburg la cui dottrina, sotto tutti gli aspetti pregevolissima, è degna di stare accanto a quelle di Vico, Romagnosi e Rosmini.

L'illustre giurista tedesco così ragiona: « Ogni diritto, organicamente ed eticamente considerato, poggia sul presupposto di un tutto formato nella comunanza sociale. Da questo tutto deriva l'*organamento*, come dagl'individui l'*afforzamento*. Se pertanto, allo scopo di avere un sicuro punto di partenza ed un chiaro prospetto dei rapporti di diritto incominceremo da quello degl'individui, vuolsi ben notare che i diritti individuali per sè non sono che una semplice rappresentazione, ed anzi nulla sono e nulla hanno che non siano ed abbiano in forza del tutto comprensivo, il quale unisce la forza al diritto e il diritto alla forza ». E più oltre soggiunge: « La conservazione del tutto è una premessa necessaria per la parte, donde deriva a questa il dovere di sacrificarsi pel tutto, e al tutto il diritto di disporre della parte, come n'è esempio il diritto dello Stato sulla persona pel servizio militare. I diritti della persona e i diritti del tutto non possono esistere che limitandosi a vicenda ». Rilevato così l'elemento individuale del dominio, considerato, cioè, questo in rapporto alla tendenza *afforzatrice* dell'individuo per la quale questi mira ad accrescere il benessere personale, con identica precisione l'eminente scrittore rileva il sociale, mettendo la proprietà privata in rapporto alla tendenza *organatrice* del Tutto sociale, per la quale questo mira a coordinare e subordinare l'utile e l'interesse del singolo all'utile e all'interesse sociale. « L'individuo », egli afferma, « per sè solo non avrebbe in proprietà gli strumenti che si è formati, se non in quanto li possedesse fisicamente colla potenza della sua forza materiale: quindi li

(1) Rosmini, op. § cit. e §§ 943, 944, 945, 954, 955, 956, 958.

avrebbe solo momentaneamente e limitatamente, perchè costretto nell'eterna lotta della propria conservazione a indebolire la sua forza appropriatrice e a perdere l'uso tranquillo della cosa. La stabilità della volontà della cosa gli vien data soltanto dal tutto che la riconosce, ossia dalla legge, la quale gli garantisce la facoltà di disporre a suo assoluto talento. Soltanto in questo modo la proprietà diviene vera proprietà e si approssima alla natura degli organi sui quali la volontà domina assoluta entro le varie funzioni. Sotto tale aspetto, le condizioni alla formazione del diritto di proprietà emanano dal Tutto sociale, il quale procede confermando o limitando » (1).

Il Trendelenburg, adunque, assegnando per base alla dottrina dei limiti del diritto di proprietà la costituzione stessa della comunanza umana, la intende nel suo vero senso.

Sicchè possiam dire che nella storia della filosofia del diritto, riconoscendosi dal Vico in poi l'elemento individuale ed il sociale nel loro vero valore, la dottrina dei limiti del diritto di proprietà ha trovato il suo supremo fondamento, e il principio posto dal nostro sommo filosofo è stato in seguito riconosciuto e fecondato.

Ho innanzi dimostrato che la proprietà privata è la sola che risponde alla natura dell'uomo, ma su di essa non si può avere un dominio assoluto ed egoistico, perchè anche questo contrasterebbe colla natura essenziale dell'uomo e coi fini ai quali egli è destinato.

Il Romagnosi notò che allora solo poteva concepirsi illimitata ed assoluta la proprietà privata quando fosse possibile considerarla nata ed esistente fuori della convivenza sociale (il che è assurdo) e sciolta quindi e libera da tutti quegli obblighi a cui nello stato di società come non può sottrarsi l'individuo, così non può sottrarsi il dominio che è la sfera esteriore in cui opera ed impera la volontà di lui.

Se un dominio in gran parte illimitato potè darsi in una società pagana in cui regnava sovrano il principio dell'egoismo, questo non era più possibile da che il Cristianesimo, fugate le tenebre pagane, all'*egoismo* sostituì l'*amore* che forma anzi uno dei cardini essenziali su cui posa tutta la sua dottrina, stabilendo così il principio eminentemente civile dell'*altruismo* pel quale la propria felicità deve misurarsi da quella degli altri. Questo principio, benchè sconosciuto nei tempi pagani, rifulse anche allora della sua splendida luce nelle menti elette. Infatti, Cicerone, sin dai suoi tempi scriveva: « Natura propensi sumus ad diligendos homines *quod fundamentum iuris est* » (2); ed in una stupenda pagina *degli offici* egli dice così: « Detrahere alteri aliquid et hominem hominis incommoda suum commodum augere magis est contra naturam quam mors, quam paupertas,

(1) TRENDELENBURG, *Dir. nat.*, §§ 85, 87, 93.
(2) CIC., *De legib.*, 1, 15.

quam coetera, quae possunt aut corpore recidere, aut rebus externis. Natura non patitur ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus. Neque vero hoc solum natura, id est, iure gentium, sed etiam legibus populorum quibus in singulis civitatibus respublica continetur, eodem modo constitutum est ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. Hoc enim spectant leges, haec volunt incolumem esse civium coniunctionem, quam qui dirimunt eos morte, exilio, vinclis damno coercent. Atque hoc multo magis efficit ipsa naturae ratio, quae est lex divina et humana: cui parere qui velit — omnes autem parebunt, qui secundum naturam volent vivere — numquam committet ut alienum appetat et id, quod alteri detraxerit, sibi adsumat. Etenim multo magis et secundum naturam excelsitas animi et magnitudo, itemque comitas, iustitia, liberalitas quam voluptas, quam vita, quam divitiae: quae quidem contemnere et pro nihilo ducere comparantem cum utilitate communi magni animi et excelsi sit » (1).

« L'individualismo », nota il Pepere, « negando il diritto della specie umana ai beni prodotti dagl'individui, restringe nel me e nell'accontentamento degl'individuali piaceri e delle proprie utilità tutto il mondo morale. La quale teoria utilitaria eleva l'appetito dei sensi a legge della proprietà, e quindi il sensismo a regola del diritto, e però contraddice al vero ordine morale, il quale sottopone i sensi alla superiorità dell'idea che preordina la materia e tutta la copia dei beni al fine dell'esistenza e del perfezionamento della specie umana e, conseguentemente, contraddice alla finalità di questa » (2).

In una società civile, il *meum* e il *suum* devono vivere in armonica coesistenza. Infatti, per indicare che una cosa è diventata parte della mia personalità, e perciò a me solo appartenente, io la dico *mia*, in contrapposto ad un'altra che dico *sua* e che è parte della personalità altrui. Ma nè il *mio* nè il *suo* possono aver per oggetto un potere illimitato perchè allora ognuno questo potere invocherebbe a proprio favore e ne nascerebbe una confusione non solo, ma il disconoscimento, la distruzione del *mio* e del *suo* che non avrebbero perciò alcun significato. Dunque, io ho diritto a riconoscere una cosa per mia, ad esercitare su di essa tutti i poteri dominicali, ma devo necessariamente arrestarmi quando un potere esercitato sulla cosa mia tornerebbe a nocumento di quella altrui. È questa la ragione per cui il *mio* ed il *suo* devono essere equamente contemperati. A tal proposito, il Demolombe osserva: « Se tutti i proprietarî potessero, l'uno di fronte all'altro, invocare in diverso senso il loro diritto assoluto, è chiaro che nè gli uni nè gli altri lo avrebbero realmente potendosi impedire reciprocamente il pieno esercizio dei rispettivi diritti col mezzo di atti i quali, da ciascun lato, diver-

---

(1) Cic., *De off.*, 3, 5.
(2) Pepere, *Enc. del dir.*, cap. cit.

rebbero attentati alla proprietà vicina. Sarebbe la guerra, sarebbe l'anarchia » (1).

Che il diritto del singolo venga limitato ad un certo punto, perchè possa parimenti esercitarsi il diritto dell'altro, è reclamato dalla natura stessa delle cose e dalla possibilità dell'esercizio di tutti i diritti. Quindi, finchè lo Stato interviene per segnare i confini nei quali deve contenersi l'esercizio del diritto dell'uno perchè non invada la sfera altrui, a rigor di termini, non può dirsi che apporti un limite alla proprietà privata, giacchè si limita solamente ciò che l'individuo ha in potere di fare, e per aversi l'idea di limite occorre che all'individuo sia tolta una facoltà che, senza quello, nessuno poteva disconoscergli. Perciò nello stabilire il limite nel quale deve contenersi il diritto individuale perchè non offenda l'altrui, si ravvisa piuttosto un atto di *tutela giuridica* anzichè un *atto restrittivo*. Il limite, in tal caso, non intende a restringere la sfera d'azione di un diritto, ma solo a contenerla in quella per non fare offendere l'altrui. « È un assioma giuridico », avverte il Bianchi, « una verità logica questa che le singole proprietà, avendo tutte un egual titolo, dovendo quindi coesistere fra di loro, devono anche rispettarsi a vicenda. I limiti reciproci, nascenti da questo naturale concetto, non hanno altro oggetto che d'impedire l'eccesso e l'usurpazione dell'una proprietà sull'altra. Conseguenza diretta del principio *neminem laedere*, esse non possono dirsi restrizioni del diritto di proprietà » (2).

Il carattere di limite vero e proprio lo riveste, invece, quello che è imposto al proprietario il quale, pur non invadendo la sfera del diritto altrui, ma restando nell'orbita sua propria, vede privarsi o diminuirsi il potere che egli ha sulla cosa *sua*, e che il diritto stesso di proprietà gli conferiva, nell'interesse sociale.

E i limiti che restringono pel bene comune, l'uso e l'esercizio della proprietà privata ci si rivelano richiesti da un principio di giustizia. Essi non rappresentano un odioso privilegio, ma mirano a stabilire, il più che sia possibile, l'eguaglianza fra gli uomini; non sono già il prodotto dell'arbitrio, ma il risultato della ragione.

Il fine della società civile non è solo quello di tutelare la libertà individuale, ad essa spetta anche di promuovere il miglioramento ed il vantaggio comune. Per adempiere a questo secondo fine essa può, quando lo riconosca necessario, limitare il diritto del singolo; nè tale limitazione può dirsi che costituisca pel privato un sacrifizio. Infatti, la lesione che il diritto individuale riceve è solo apparente imperciocchè quel sacrifizio essendo misurato entro i confini della vera e provata necessità, equamente ripartito e bene impiegato, torna a mille doppî vantaggioso alla civile famiglia e l'individuo stesso cui è imposto, se ne giova come

(1) DEMOLOMBE, III, n. 663.
(2) BIANCHI, op. cit.

membro di quella società nel cui interesse il limite è apportato ed alla quale recherà vantaggio. E potremmo dir di compiere un sacrifizio se fossimo costretti a percorrere una via aspra e difficile alla cui meta, però, ci sorrida la felicità ed ogni sorta di beni? E non basta. Non può dirsi che s'imponga un sacrifizio alla proprietà dell'individuo quando la si limita, anche perchè esiste la reciprocanza. Se oggi è stato necessario apportare un limite al suo diritto, domani ciò avverrà per altri, in seguito per altri ancora, e così via. È una catena e, potrei dire, una dolce catena d'amore che avvince tutti gli uomini non già per menomare la libertà di ciascuno, ma per farne emergere la libertà di tutti. Nella maggior parte delle limitazioni, in fin dei conti, l'individuo avrà tutto da guadagnare, niente da perdere, mentre la comunanza *in tutti i casi, sempre,* se ne gioverà assai. E non sarebbe strano, barbaro addirittura permettere che il diritto sui beni si esercitasse in modo assoluto da un solo a discapito della società, di quella società il cui fine precipuo è la tutela di essi e senza la quale non avrebbero sviluppo e garentia?

Ed è corrispondente a giustizia ed a ragione che l'individuo il quale in tanto vale qualche cosa in quanto vive in società dalla quale immensi benefizî riceve, corrisponda in certo modo a far che essa risponda meglio e più speditamente ai fini suoi. È un tributo che non può negarsi alla società civile e che sta come un corrispettivo ai benefizî che da essa si ricavano.

Ma, perchè possa legittimamente esercitarsi la funzione limitatrice occorre che si parta dal presupposto di riconoscere la proprietà privata come un'istituzione di diritto naturale, quindi, considerando l'uomo come socievole non possono esser trascurati i diritti che gli appartengono in forza della sola sua natura individuale. Se la società per una parte esige la moderazione nell'esercizio dei diritti individuali, non può d'altro canto cessare d'essere un mezzo necessario e naturale di protezione di questi diritti. E l'errore fondamentale delle teorie socialiste consiste appunto in questo, nello snaturare, cioè, l'indole essenziale della società la quale, come felicemente osservò il Romagnosi, si dovrebbe ridurre, secondo quelle teorie, ad una società di azienda comune che snaturasse l'individuo spogliato di ogni personale potestà e proprietà nell'ente astratto che dicesi *Stato.* Epperò tali teorie sono erronee perchè se la società, per raggiungere i fini a cui è destinata, richiede che il diritto individuale non sia assoluto ed egoistico, ha anche interesse a mantenere il diritto individuale la protezione del quale è pure fine precipuo della società civile, e quando fosse disconosciuto produrrebbe inevitabilmente mali e ruine.

Quindi il limite non deve tendere ad assorbire il potere individuale, ma solamente a temperarlo per mezzo della *prudens utilitatum destinatio,* di cui parlava il Vico, affinchè quel potere armonizzi cogl'interessi generali della società producendosi così quella *exaequatio utilitatum* che costituisce la giustizia e che

in effetti è la sola che veramente giovi alla comunanza umana, la quale sarebbe danneggiata dalla scomparsa della proprietà privata non meno di quello che lo sarebbe se ciascun proprietario esercitasse il suo diritto in modo assoluto, illimitato, negando alla convivenza umana quei diritti che le derivano dalla stessa legge naturale della socialità.

Il metodo, perciò, che solo corrisponde a verità e giustizia è quello che se per una parte considera i diritti essenziali dell'uomo individuo, li modifica in quanto al modo del loro esercizio e per quanto lo richiedono i rapporti di società, e, d'altra parte, nel determinare i diritti che nascono dai rapporti sociali, non trascura quelli che sono inerenti al potere individuale, i quali non possono essere dimenticati, che anzi vengono raffermati e protetti nello stato sociale.

Mal non mi apponevo, adunque, al principio di questo lavoro, quando dicevo che tra il socialismo e la vera teorica dei limiti del diritto di proprietà corre un abisso, la profondità del quale, dopo tutto ciò che ho detto, parmi che risalti chiara abbastanza.

Sanamente intesa la nostra teorica, come cioè l'hanno intesa Vico, Romagnosi, Rosmini, Trendelenburg e la maggior parte dei moderni filosofi del diritto, non mira ad assorbire il potere individuale, ma a stabilire anche nella proprietà quell'ordine che produce l'armonia, la quale è la più bella legge dell'universo che è reso per esso simile a Dio, siccome riproducendo un pensiero già espresso da S. Agostino e da S. Tommaso, nei suoi mirabili versi disse Dante:

> « Le cose tutte quante
> Hann'ordine tra loro e questa forma
> Che l'universo a Dio fa simigliante ».

E tale armonia sarebbe guastata quando all'elemento individuale ed al sociale si desse una sfera d'azione molto più vasta di quella che essi per necessità e per giustizia devono avere, sia negandosi la legittimità del potere individuale, che ritenendo il limite come uno strappo fatto a tal potere. Epperò le dottrine estreme ed opposte che propugnarono l'uno o l'altro di questi principî, si accordano in una cosa sola, nel riuscire, cioè, irrazionali ed ingiuste perchè contrarie alla stessa natura dell'uomo che è ad un tempo individuo e membro di una società.

« Il principio vero », nota il Pepere, « non esclusivo, nè sofistico, ma dialettico ed armonico dominante la distribuzione dei beni nel mondo, è quello che discende dall'ordine morale e di natura, dall'accordo, cioè, dell'individuo con la specie, del molteplice con l'uno. Da cui deriva come logica conseguenza la legittimità e la ragionevolezza della proprietà individuale, ma questa subordinata e sottoposta alla legge della comunità della specie e dell'umana sociabilità che fissa il giusto limite della medesima acciocchè possa elevarsi a diritto » (1).

---

(1) Pepere, *Encicl. del dir.*, cap. cit.

Adunque, vera, razionale e necessaria deve dirsi la teoria dei limiti della proprietà privata, teoria che, così sanamente intesa, contribuisce in modo meraviglioso al progresso ed al miglioramento dei popoli. Questa teoria, come abbiam visto, solo nella scienza giuridica moderna ha avuto pieno e preciso sviluppo. Per lo passato essa fu combattuta e spesso vinta da due tendenze opposte ed erronee, l'una consacrante l'assolutismo del proprietario nelle cose che sono in suo dominio, l'altra, dando immensa autorità al potere sociale, nullo o quasi nullo all'individuale. La civiltà moderna non poteva accettare nessuna di queste due idee, ed ha scelta la teoria migliore che s'asside fra i due estremi e la quale, pur rispettando il diritto individuale, assicurandogli anzi sviluppo e garentia, lo limita per esercitare un'altra tutela non meno gelosa, nè meno sacra, la tutela del Tutto sociale, per badare ad un altro sviluppo da cui dipende la vita dei popoli, lo sviluppo, cioè, della civiltà e del progresso. Epperò questi limiti derivando dai rapporti naturali dell'uomo considerato nella sua natura essenzialmente socievole, non sono arbitrarî, ma razionali e, come tutte le cose di quaggiù, hanno anch'essi determinati confini, imperocchè non possono estendersi di là dal puro necessario, non possono esercitarsi se non per quanto imperiosamente li reclamino gli scopi etici della famiglia, della corporazione, dello Stato. Tutto ciò che non è richiesto dalle vere, naturali necessità della convivenza sociale è arbitrio, violazione del diritto perchè non trova fondamento nella legge naturale della socialità e offende, quindi, il diritto di proprietà.

Così intesi, i limiti della proprietà, anzichè diminuire, vanno sempre aumentando. Ed è naturale. I bisogni sociali e con essi i diritti della comunanza, crescono col progredire della civiltà e reclamano soddisfacimento. Romagnosi notava: « In questa divisione e ripartimento rispettivo di poteri (in cui a proporzione che l'individuo diviene meno variamente potente e più dipendente in particolare riesce tanto più libero in comune) consiste tutto il recondito e meraviglioso magistero dell'incivilimento » (1). Non deve, però, intendersi con ciò che la proprietà privata si restringa ogni giorno più. Essa nella sua indole, nella sua essenza rimane sempre inviolabile: è solamente nell'esercizio che subisce delle modificazioni e nel quale deve atteggiarsi variamente ai cresciuti bisogni di quella società nella quale vive. In tal modo, la proprietà privata coopera grandemente allo svolgimento continuo e vario della civiltà e rendendosi produttrice di maggiori beni, di più generali utilità, risponde meglio al fine cui è destinata: raggiungere, cioè, la massima prosperità generale.

Ed è questa la teoria che, priva di esagerazioni utopistiche, non disconoscendo l'essenza del diritto di proprietà, ma regolandone l'esercizio in quei confini che sono designati dall'indole e

---

(1) ROMAGNOSI, *Ved. fond. sull'arte leg.*, vol. cap. cit.

dagli uffizî essenziali della società, stabilisce in questa i principî dell'equità che presiedono al mondo morale, e risponde assai bene alle tendenze della scienza e della civiltà moderna.

CAPITOLO IV.

I limiti della proprietà nella legislazione italiana.

Grave e difficile compito del legislatore è quello di tradurre in pratica, nel modo migliore, i principii del diritto razionale. Dal trovare tali principii, comuni a tutti gli uomini, un quasi perfetto svolgimento nella legislazione particolare di un dato popolo, deve argomentarsi che questo è assai innanzi nella via della civiltà e del progresso perchè è capace di attuare in realtà ciò che è sentimento comune nella coscienza di tutti. E la legislazione italiana se non è scevra di mende e di lacune, perchè la perfezione è impossibile nelle opere umane, è quella, però, che ha raggiunto in gran parte lo scopo di tradurre in regola di diritto i principii razionali. Ed è perciò che il nostro codice civile « monumento legislativo atto a far riconoscere nella legislazione di uno Stato nascente il senno civile di un popolo adulto » (1) ha riscosse le lodi più sincere da scrittori patrii e stranieri. Ed anche, potrei dire, specialmente nell'ordinamento del diritto di proprietà, la legislazione nostra si è mostrata pienamente conforme alle gloriose tradizioni della scuola giuridica italiana ed alle esigenze e ai bisogni della civiltà moderna.

Prima di chiudere questo mio lavoro, per renderlo, il più che sia possibile, completo, voglio dare un rapido sguardo a tutte quelle disposizioni che nel *codice civile* e nelle *leggi speciali* modificano la proprietà privata pel rispetto dovuto ai diritti sociali.

I. *Il codice civile.* — Innanzi tutto noto, col Pothier, non potersi considerare quali limiti del diritto di proprietà:

1.° l'incapacità personale in cui si trova il proprietario, per l'età minore, interdizione, soggezione alla potestà maritale, perchè a lui in tal caso, non è negata la sostanza e il pieno godimento del diritto, ma il semplice esercizio;

2.° l'esercizio su di una cosa non del solo diritto del proprietario, ma anche di diritti reali di altre persone (2), perchè queste in tanto esercitano quei diritti in quanto il proprietario lo ha liberamente voluto. « Veri limiti del diritto di proprietà », osserva il Cimbali, « non sono quelli che promanano dalla volontà dei privati, ma dall'autorità delle leggi; solo la legge,

---

(1) Parole del Pessina pronunziate nel discorso fatto ad occasione dell'inaugurazione di tredici busti di giureconsulti nel palazzo di Giustizia a Napoli.

(2) POTHIER, *Tratt. del dom. e della propr.*, 7.

quale espressione di necessità sociali, può mostrarsi come vero limite della libertà individuale » (1).

Nè come limiti della proprietà privata si possono considerare alcune di quelle *servitù legali*, le quali, come osserva il Bianchi (2), mirano a niente altro che all'esercizio libero ed assicurato delle proprietà e sono imposte affinchè il proprietario non eserciti sulla cosa sua un potere esorbitante dal concetto del dominio e lesivo del diritto altrui. Esse appartengono a quella prima categoria di limiti di cui ho parlato nel capitolo precedente, reclamati dalla natura stessa delle cose e dalla possibilità dell'esercizio di tutti i diritti, e perciò la legge, collo stabilirle, anzichè un *atto restrittivo* ha esercitato un atto di *tutela giuridica*. Infatti, per le servitù legali di questa specie, come, ed es. sono le disposizioni relative alle distanze da serbarsi da chi voglia aprire un pozzo d'acqua viva, cisterna, pozzo nero, ecc., presso un muro altrui od anche comune (cod. civ. art. 573) o da chi voglia fabbricare contro un muro comune o divisorio, camini, forni, fucine, stalle, ecc. (art. 574), o scavar fossi presso il fondo altrui (art. 575), o piantar alberi o aprir luci e finestre verso il fondo del vicino (articoli 579, 587), ecc., non si mira a restringere l'uso del diritto di proprietà, non si vieta all'individuo ciò che ha in potere di fare, non gli si restringe una facoltà del potere dominicale, ma si opera in modo che tutti i diritti siano contenuti ciascuno nella propria sfera per non invadere l'altrui.

Escluse così dal concetto di limite quelle disposizioni del codice civile che a prima vista poteva sembrare offrissero notevoli esempi di restrizione del diritto di proprietà, passo a considerare i veri limiti imposti dalla legge civile alla proprietà privata nell'interesse sociale.

L'art. 436 del codice, nel dare la definizione della proprietà, traduce quella del codice Napoleone: « La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti ». Rosmini, osserva il Lomonaco, nell'ultima parte di questa definizione ritrova la limitazione (3). Infatti l'insigne roveretano così si esprime: « E che cosa vogliono le leggi e i regolamenti, se non impedire che gl'individui facciano un uso della loro proprietà ingiurioso agli altri o al comune? E perchè ciò se non perchè riconoscono che non hanno diritto di farlo? Nei legislatori adunque si manifesta, eziandio che nol dicano direttamente, il sentimento che la proprietà, come diritto, ha dei limiti » (4). Sicchè il carattere di assoluto attribuito dal nostro codice al diritto di proprieta non importa già che questo diritto sia immenso, senza confine, il che non sarebbe compatibile con

(1) Cimbali, *La propr. e i suoi limiti nella legisl. ital.*, nell'*Arch. giurid.*, 24.
(2) Bianchi, op. cit.
(3) Lomonaco, op. cit., cap. II.
(4) Rosmini, op. cit., parte I, § 929.

l'indole e i fini della società moderna, ma solo che tal diritto non trova altro limite che quello segnatogli dal diritto dei terzi o dall'interesse generale tutelato appunto dalle leggi e dai regolamenti.

E l'art. 438 soggiunge: « Nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà od a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento di una giusta indennità ». Questa disposizione contiene uno dei più gravi ed importanti limiti del diritto di proprietà qual'è appunto l'espropriazione per causa di utilità pubblica, ma siccome le norme ad essa relative son determinate da leggi speciali, ne parlerò brevemente in seguito limitandomi, per ora, a trattar solo di quelli regolati dal codice civile. E questi sono vari e d'indole diversa. Vi sono:

a) Limiti stabiliti nell'interesse della famiglia. Ciascun proprietario è tenuto verso i membri della sua famiglia a soddisfarne, col mezzo dei suoi beni, le esigenze ed i bisogni imprescindibili. E perciò la legge impone l'obbligo degli alimenti ai coniugi fra loro (art. 132) anche quando sia stata pronunziata sentenza di separazione personale (art. 156) e gli alimenti son dovuti vicendevolmente dai figli ai genitori (art. 139); dal genitore al figlio naturale riconosciuto e da questi verso il genitore che lo ha riconosciuto (articoli 186, 187) o anche, in certi casi, dal genitore ai figli di cui è vietato il riconoscimento (art. 193); dal genitore e dal figlio adottivo (art. 211) e finalmente son dovuti reciprocamente fra altri ascendenti e discendenti, fra suocero, suocera, genero e nuora, fra fratelli e sorelle (articoli 138, 140, 141). E, per l'interesse della famiglia, la legge in certi casi vieta al proprietario di disporre a suo libito dei propri beni obbligandolo a non trascurare certi doveri. Infatti, il genitore non può disporre oltre la metà dei suoi beni, l'altra metà è riservata a vantaggio dei figli e forma la loro porzione legittima (art. 805); il figlio non può disporre che dei due terzi dei beni, l'altro spetta al padre o alla madre o ad uno di loro o agli ascendenti legittimi (art. 807); il coniuge non può disporre di tutto il patrimonio, spettando all'altro, su di esso, una quota variabile secondo i casi (articoli 815, 816); pei figli naturali di cui non è ammesso il riconoscimento non si può disporre che per gli alimenti (articolo 767); il genitore naturale è obbligato a detrarre dai suoi beni una quota che spetta come legittima ai figli naturali e variabile anch'essa secondo i casi (articoli 812, 813, 814). E perchè, a discapito dei membri della famiglia, non si disponga dei propri beni a favore di altre persone, la legge vieta di disporre per testamento a favore del tutore che ancora debba rendere il conto definitivo (art. 769); nè al binubo può essere lasciata una porzione maggiore di quella lasciata al meno favorito dei figli del precedente matrimonio (art. 770); nè si può disporre a favore del notaio o del pubblico uffiziale che ha ricevuto il testamento, o di uno dei testimoni intervenuti (art. 771). E nell'interesse della famiglia, or son pochi anni anche in Italia, si è discusso a lungo

nella dottrina e nel Parlamento sull'opportunità o meno di aggiungere un limite importantissimo alla proprietà privata coll'escludere dal dominio individuale una parte determinata dei beni di ciascuna famiglia sufficiente ad assicurare a questa il sostentamento e sulla quale stabilisca la sua residenza, dandole il carattere di proprietà famigliare insequestrabile ed inalienabile, e da trasmettersi nella stessa famiglia integra e indivisibile. Questo istituto vige, infatti, da molto tempo nella maggior parte degli Stati americani (*Homestead*), ed in Germania e in Austria (*Höferecht*), sebbene con caratteri diversi. In Italia, però, malgrado l'appoggio che a tale istituto han dato giuristi valorosi. e una proposta di legge presentata dall'onor. Pandolfi alla Camera dei deputati nella seduta del 10 marzo 1894 seguita da una larga discussione, proposta che fu anche presa in considerazione, non si è riusciti ad introdurlo, come non è stato possibile in Francia, e ciò si spiega col fatto che Francia ed Italia han risentito più degli altri paesi i danni derivanti dai ceppi in cui nei secoli scorsi è stata avvinta la proprietà privata ed alla quale, reagendo, hanno voluto dare la più ampia libertà possibile.

L'istituzione dei beni di famiglia, però, non v'ha dubbio, è una questione assai complessa, meritevole di tutta l'attenzione degli studiosi. Io qui non posso trattenermi a lungo su di essa; mi è bastato l'accennare a questo grave limite che, nell'interesse della famiglia e quindi dello Stato, perchè *domus est seminarium Reipublicae*, si vorrebbe assoggettare la proprietà privata, ma non posso nascondere che a proposito di questo istituto può ben ripetersi il noto aforisma *sunt bona mixta malis* perchè se da un lato esso servirebbe ad assicurare i mezzi di sussistenza alla famiglia e sarebbe un freno efficace all'emigrazione, d'altra parte sottrarrebbe una gran parte della ricchezza nazionale alla libera circolazione e sotto certi punti di vista, potrebbe far sorgere i gravi mali del fedecommesso e del maiorascato.

b) Limiti imposti nell'interesse particolare o generale i quali sono moltissimi: perciò non accenno che i principali. E tali sono le accessioni, per cui il proprietario è tenuto, secondo i casi, o a rinunziare alla cosa sua o a ritenere l'altrui, salvo sempre il giusto compenso (art. 445); tutte quelle *servitù legali* le quali non sono stabilite per la reciproca tutela di due fondi, ma invece l'uno di essi presta un servizio all'altro per l'utilità del quale serve di mezzo e perciò costituiscono vero e proprio limite, in quanto che il proprietario che avrebbe interesse a mantener la sua cosa libera ed esente da qualunque peso vede limitata per opera di legge una delle facoltà intrinseche del dominio. Tra le servitù legali di questa specie, nell'ordinamento delle quali il nostro codice ha raggiunto l'apice della perfezione, tanto che Teofilo Huc non esitò a dichiarare che, in questa materia, il nostro codice civile è di un'incontestabile superiorità pratica su tutte le altre legislazioni civili d'Europa, è notevole quella dell'*acquedotto coattivo*. E basta dare uno sguardo alle disposizioni che, nel nostro codice, regolano tale servitù per per-

suadersi dell'omaggio pieno ed incondizionato reso da esso a dottrine propugnate da tempo e nelle quali l'Italia ha tenuto sempre il primato.

II. *Le leggi speciali.* — Esse, col progredire della civiltà, diventate più numerose, han contribuito ad accrescere i limiti della proprietà individuale per coordinarla ai fini ed agl'interessi generali.

Una legge speciale importantissima è quella che regola la coltura silvana e il taglio dei boschi (20 giugno 1877). Precedentemente esistevano a tal riguardo varie leggi nelle diverse regioni italiane. Infatti, il Lombardo-Veneto era regolato dal decreto italico del 1811; nelle provincie meridionali eravi una legge del 1826; nel Piemonte furono emanate delle Reali Patenti nel 1833 e 1834, e disposizioni legislative vi erano nel ducato di Parma, nel Modenese, nelle Romagne, nelle Marche, nell'Umbria, nella Sardegna. Ma tutte queste leggi non erano, in pratica, osservate. Ed il nostro legislatore, con provvido pensiero, stabilì una legge unica per tutto il Regno la quale sebbene imperfetta, riconosciuta tale dagli stessi legislatori ed inspirantesi ad un malinteso concetto di libertà, dovuto alle condizioni politiche dell'epoca in cui essa fu emanata, pure impedì in parte il rinnovarsi delle spaventevoli piene che, procurate dal dissodamento, avevano desolate le regioni italiane verso il 1870. Da gran tempo, però, la coscienza giuridica nazionale reclama una legge sulla coltura silvana e sul taglio dei boschi che abbia più severe disposizioni per la tutela degl'interessi generali del paese. Immensi danni di ordine igienico e di ordine economico han seguìto in Italia il cieco disboscamento. Esso è stato causa di alluvioni, di venti impetuosi e formidabili cicloni che hanno devastate intere regioni; ad esso si deve, siccome recentemente han dimostrato scienziati valorosi, il propagarsi della malaria ed esso ha favorito la vita di quei parassiti vegetali ed animali che distruggono periodicamente il prodotto dei campi, lasciando tracce profonde di miseria e di ruina. Il legislatore italiano, oramai, nell'interesse dell'igiene e dell'agricoltura ha il dovere di provvedere efficacemente ad evitare per l'avvenire i mali che sinora dal disboscamento ne son venuti, ed ogni altro ritardo che frapponga a rendere giustizia agl'interessi generali del paese che in questa materia, attualmente, sono assorbiti dagl'interessi particolari è imperdonabile colpa.

Con questa legge, però, non si può dire che si costituisca un vero limite per la proprietà privata imperocchè per essa non è ristretta nessuna facoltà del dominio, ma solo si contiene il diritto del proprietario nella sua propria sfera perchè non invada ed offenda l'altrui. Il Miraglia nella *Filosofia del Diritto*, come già avea fatto in un dotto lavoro pubblicato sin dal 1877 nel *Filangieri*, assegna le ragioni per cui è indispensabile il vincolo forestale e combattendo vivacemente quegli scrittori partigiani dell'assoluta libertà del taglio riesce a convincere della sua opinione ed afferma che il proprietario pur dovendo subire, per necessità sociali, una

limitazione al suo diritto, non può pretendere indennità perchè non gli s'impedisce l'uso della cosa sua, ma se ne vieta l'abuso, essendo questo lesivo degli altrui diritti ed interessi.

Tra i limiti veri e propri imposti alla proprietà privata dalle varie leggi speciali nell'interesse della comunanza civile, il primo posto spetta all'*espropriazione per pubblica utilità*, già stabilita dall'art. 29 dello Statuto (1) e dal riferito art. 438 del cod. civ. e regolata da due leggi speciali (25 giugno 1865, 18 dicembre 1879). Prima della legge del 1865 in Italia l'espropriazione per pubblica utilità era variamente regolata nelle diverse regioni. Esistevano, a tal riguardo, la legge Lucchese del 27 agosto 1833 la Modenese del 10 gennaio 1848, la legge Pontificia del 3 luglio 1852, la legge Sarda del 9 aprile 1859, e le altre regioni emettevano leggi e regolamenti a misura che se ne presentava il bisogno.

Costituitasi l'Italia a dignità di nazione, era necessario che norme comuni a tutti i cittadini regolassero tal diritto dello Stato, per far che tutti egualmente contribuissero a sostenerne i carichi e, con lodevole intento, il nostro legislatore a ciò volle provvedere colla legge del 1865 modificata da quella del 18 dicembre 1879. Però amendue queste leggi si riferiscono solo all'espropriazione dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l'esecuzione di opere di pubblica utilità, ma è chiaro che possano estendersi per analogia anche alla espropriazione di beni mobili, come avvenne pochi anni or sono pei manoscritti leopardiani.

Il principio su cui riposa l'espropriazione per pubblica utilità è quello stesso su cui posano tutti i limiti imposti al diritto di proprietà nell'interesse generale. La proprietà vive nello Stato, da esso riceve sviluppo e garentia, deve quindi contribuire a che esso raggiunga i fini ai quali è destinata e compia quelle opere richieste dai nuovi bisogni della comunanza. Non è l'elemento sociale che opprime l'individuale, ma l'uno e l'altro insieme cooperano al fine comune. « Preso il diritto di proprietà in modo assoluto », nota Trendelenburg, « l'espropriazione contraddice al diritto individuale di proprietà, in quanto che la proprietà è strumento dell'individuo e in essa domina assoluta la sua volontà. Però ogni formazione di diritto emana non solo dal principio individuale, ma altresì ed altrettanto dal principio sociale, e la formazione del diritto è in un modo particolare condizionata a questo doppio principio. La legge sull'espropriazione procura di appianare i litigi, affinchè nè gli scopi arbitrariamente imaginati e messi innanzi offendano l'individuo, nè l'egoismo dell'individuo nuoccia allo scopo della società » (2). Non v'ha chi non vegga

(1) « Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può esser tenuti a cederle in tutto od in parte, mediante una giusta indennità, conformemente alle leggi ».

(2) TRENDELENBURG, op. cit., § 100.

quanto sia utile e benefica alla vita dei pòpoli l'espropriazione per pubblica utilità la quale contribuisce in modo meraviglioso al progresso morale e materiale insieme. Senza di essa non sarebbe stato possibile tutto quel benefico sviluppo che in breve tempo hanno avuto le industrie ed il commercio, non sarebbero state possibili quelle opere meravigliose che sono state la salute di regioni intere.

Non è gran tempo che questo diritto dello Stato si è esercitato, e si esercita tuttora, nella Napoli nostra ed il piccone demolitore ancora abbatte gli ultimi avanzi di viuzze meschine e di luridi covili, dove il sole che pur tanto splendidamente brilla in questo nostro dolce cielo, mai portava il conforto del suo sorriso: e dove, favorite dall'ambiente, la miseria ed il vizio davano triste e nauseante spettacolo. Sono sorte, invece, nuove e luminose vie, ed è stata compiuta un'opera di rigenerazione materiale e morale che non sarebbe stata possibile quando i proprietarii, di fronte ad interessi così alti, avrebbero potuto opporre una meschina e stolida pretesa di dominio egoistico ed assoluto.

Lo Stato, quando ne ha riconosciuta la necessità, ha diritto di espropriare la proprietà privata dietro compenso di una giusta indennità che varia secondo i casi e che è fissata dalla legge stessa nella misura del giusto prezzo che avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compra-vendita (art. 39, legge 25 giugno 1865), cosicchè l'espropriato non risente diminuzione alcuna nel patrimonio. « L'indennità », osserva il Lampertico, « è vero non risarcisce il proprietario nelle affezioni e tradizioni domestiche, immedesimate col suo possesso: ma d'altronde, mediante l'indennità, egli perde bensì la cosa, ma conserva il suo avere. Nel caso opposto ciascuno conserverebbe, è vero, la proprietà avita, ma tutte queste proprietà, lungi dal godere vita rigogliosa e robusta, pertinacemente contristarebbersi e vicendevolmente si eliderebbero.

« L'espropriazione, per conseguenza, colla permutazione ch'essa produce quanto all'oggetto di particolari proprietà, preserva nel tempo stesso la proprietà. Lo Stato nulla usurpa per sè: non pretende un dominio eminente, ma esercita un eminente diritto o, meglio ancora, dovere, non annienta la proprietà privata, non la foggia a suo arbitrio, ma eleva a regola di diritto quella conciliazione o temperamento d'interessi e di forze che, come risponde al bene pubblico, così concede all'economia della nazione di svolgere tutta la sua vita » (1).

Un altro importante limite apportato alle facoltà inerenti al diritto di proprietà è stabilito dalle diverse leggi sulle miniere, specie quella del 20 novembre 1859 per le antiche Provincie del Regno, estesa poi a quelle Lombarde, per cui allo Stato spetta di concedere la coltivazione delle miniere o al proprietario del suolo o a persone estranee ovvero a società obbligando il pro-

(1) Lampertico, op. vol. cit.

prietario a far dichiarazione all'autorità governativa della coltivazione che egli voglia intraprendere d'una cava o torbiera esistente nel proprio fondo e ad osservare le condizioni che dall'autorità stessa gli siano prescritte.

L'Italia, però, avrebbe bisogno di una legge unica per tutto il regno anche per la coltivazione delle miniere, poichè essa è reclamata da quei principii che informano tutta la teoria dei temperamenti della proprietà ed ai quali non soddisfano pienamente le disposizioni imperanti nelle diverse regioni della penisola. Ed è nei voti di tutti che tale legge venga ben presto a colmare questa lacuna della legislazione italiana.

Importantissimi poi sono i limiti imposti alla proprietà privata dalla *legge sulle opere pubbliche* (20 marzo 1865), la quale all'articolo 67 stabilisce che pei tiri al bersaglio, stabilimenti ed opificii che interessano la sicurezza e la sanità pubblica, la distanza sia fissata caso per caso dalle competenti autorità. Ed è la stessa legge che stabilisce i *consorzi obbligatorii* pei quali l'individuo è costretto, anche se nol voglia, ad eseguire opere miglioratrici del suo fondo, affine di preservare le proprietà limitrofe dalla corrosione dei fiumi non arginati e dei torrenti, come pure per provvedere all'arginatura di qualche tratto di fiume o di quei piccoli corsi d'acqua che interessano un limitato territorio, o per provvedere allo scolo, bonificamento o migliorie dei terreni (articoli 96 e 105). E la stessa legge ci presenta altri numerosissimi esempi di limiti alla proprietà privata nell'interesse generale e concede, infatti, non solo il diritto di occupare permanentemente le proprietà private necessarie allo stabilimento di una ferrovia con tutte le sue dipendenze ed accessorii, ma anche, mediante una giusta indennità, il diritto di occupare temporaneamente i luoghi necessarii per la esecuzione dei lavori; stabilisce inoltre moltissimi limiti alle facoltà inerenti al diritto di proprietà pei fondi che si trovino in determinate condizioni, per esempio, per quei fondi le cui acque si scaricherebbero naturalmente o potrebbero essere condotti nei fossi delle strade; pei terreni boschivi laterali alle strade di montagna, ai fiumi o torrenti, ecc., senza dire di tutte le servitù legali da questa legge stabilite su fondi determinati, per l'utilità pubblica.

Un altro limite imposto alla proprietà è costituito dalle *privative* fra cui sono notevoli quelle sui sali e tabacchi regolate dalla legge 15 giugno 1865, la quale vieta al proprietario di una sorgente salina di estrarne il sale e vieta la coltivazione del tabacco pei luoghi non autorizzati dal ministro delle Finanze, e la legge 23 dicembre 1900 per la vendita del chinino a conto dello Stato.

Un equo contemperamento dei diritti individuali e dei sociali è apportato dalle *leggi sulle opere d'ingegno* (26 giugno 1865) e sui *diritti spettanti agli autori di opere d'ingegno teatrali* (10 agosto 1875) e sulle *privative industriali* (31 gennaio 1864) per le quali è concesso ai vari autori un diritto *temporaneo* sulle loro produzioni delle quali benchè una gran parte sia da

attribuirsi all'opera individuale, non può negarsi che un'altra grandissima sia stata assimilata da ciò che è patrimonio comune dell'ingegno umano.

E non si contano le leggi amministrative che, sempre per l'utilità comune, hanno limitata la proprietà privata. Basterà notare:

1.ª le *servitù militari* regolate dalla legge del 19 ottobre 1859 estesa per tutto il Regno dall'altra del 12 aprile 1886, modificate dalla legge del 10 dicembre 1899 e recentemente riordinate a testo unico (16 maggio 1900);

2.ª la *legge comunale e provinciale* (testo unico, 4 maggio 1898), la quale restringe l'esercizio della caccia e della pesca anche nei terreni e nelle acque private in tempo determinati dai consigli provinciali (art. 217, n. 19);

3.ª la *legge del 12 giugno 1866*, la quale vieta di coltivare terreni a risaia se non alla distanza degli aggregati di abitazione e sotto le condizioni prescritte nell'interesse della pubblica igiene da stabilirsi dal consiglio provinciale;

4.ª la *legge sulla derivazione delle acque* (10 agosto 1884), per cui le concessioni di derivazioni di acqua sono soggette a condizioni che riflettono la quantità, il modo, le condizioni dell'estrazione e della restituzione delle acque, o la condotta, l'uso e le garanzie richieste nell'interesse dell'agricoltura, dell'industria e dell'igiene pubblica (art. 4); nè colui che ha diritto alla derivazione può costruire opere o variare la posizione, la forma o la natura delle opere autorizzate, o farvi aggiunte, aumentare o diminuire la forza motrice senza seguire le norme dalla stessa legge fissate (art. 7 e segg.) nell'interesse generale, e parimenti coloro che hanno derivazioni stabilite a bocca aperta con chiuse permanenti o temporanee sono obbligati a provvedere acciocchè si mantengano innocue al pubblico ed al privato interesse (articolo 11). E la stessa legge dispone che se, per ragioni di pubblico interesse, durante una concessione, viene modificato il regime di un corso d'acqua, lo Stato non è tenuto ad alcuna indennità verso i concessionari, salvo la riduzione o la cessazione del canone (art. 13);

5.ª la *legge per la tutela dell'igiene e della sanità pubblica* (22 dicembre 1888), la quale vieta ai proprietari le opere che modifichino il livello delle acque sotterranee o il naturale deflusso di quelle superficiali quando siano riconosciute nocive al pubblico interesse dal regolamento locale d'igiene (art. 36), e vieta ai proprietari di destinare i loro fondi od una parte di essi a maceratori di piante tessili, o d'impiantare manifatture e fabbriche insalubri se non nei luoghi, nei tempi, alla distanza dell'abitato e con tutte le altre cautele determinate dai regolamenti. locali d'igiene e approvati dall'autorità governativa (articoli 37, 38), nè permette l'abitazione nelle case di nuova costruzione od in parte rifatte (articoli 39, 40);

6.ª la *legge sulla pubblica sicurezza* (30 giugno 1889), la quale provvede per l'esercizio di professioni, mestieri o industrie

dichiarate pericolose o incomode dalla Deputazione provinciale a richiesta della Giunta amministrativa, e vieta di raccogliere armi a fine di commercio o d'industria senza licenza dell'autorità di pubblica sicurezza, la quale licenza è anche necessaria per tenere in casa o trasportare materie a base di nitroglicerina o altre materie esplodenti in quantità superiore ai 5 chilogrammi, e per poter fare spari, esplosioni, accensioni pericolose od incomode negli abitati o nelle loro vicinanze o lungo le vie pubbliche; vieta di bruciare nei campi e nei boschi le stoppie fuori dei tempi ed in altri modi che quelli stabiliti dalle disposizioni stesse, ecc.;

7.ª la *legge sui telefoni* (7 aprile 1892), la quale dispone che i concessionari di linee telefoniche possono far passare i fili senza appoggio anche al disopra delle proprietà pubbliche o private. D'altra parte tali fili devono essere collocati in modo da non impedire al proprietario il libero uso della cosa propria secondo la sua destinazione;

8.ª la *legge sulla trasmissione a distanza delle correnti elettriche* (7 giugno 1894), la quale dispone che ogni proprietario è tenuto a dar passaggio per i suoi fondi alle condutture elettriche sospese o sotterranee e a permettere il passaggio delle condutture attraverso a canali, ad acquedotti o ad altri manufatti inservienti ad altri usi purchè questi non siano impediti o menomati, ed avendo sempre diritto ad una indennità da ragguagliarsi alla diminuzione del valore del suolo sul quale la servitù si vuole imporre; ed il relativo regolamento (25 ottobre 1895) fissa norme particolari intese a garantire l'incolumità delle persone e l'uso delle cose, e stabilisce che le controversie siano risolute dall'autorità giudiziaria in modo da conciliare l'utilità pubblica coi diritti del proprietario del fondo;

9.ª la *legge sulle tramvie a trazione meccanica e ferrovie economiche* (27 dicembre 1896), la quale, nell'interesse della sicurezza sociale, fissa norme diverse per la costruzione, la velocità, gli orari, il numero del personale, le tariffe, ecc.;

10.ª la *legge sulle bonificazioni delle paludi e terreni paludosi* (testo unico 22 marzo 1900), nell'interesse dell'igiene e dell'agricoltura impone anch'essa ai proprietari dei terreni situati nel perimetro della bonificazione di contribuire in parte alle opere di 1.ª categoria e totalmente a quelle di 2.ª categoria, ordinando i *consorzi obbligatori* (art. 17) per l'esecuzione e la manutenzione delle opere di bonificazione. I proprietari dei fondi, inclusi nel perimetro della bonificazione, sono poi obbligati a fare nei fondi stessi tutte le opere minori che occorrono per dare scolo alle acque e non recar pregiudizio allo scopo pel quale sono state eseguite le opere principali di bonificazione (art. 32). Al Consorzio è permessa l'occupazione, permanente o temporanea, delle terre private da bonificare per colmate salvo sempre il diritto dei proprietari all'indennità e di cui si può fare a meno quando essi preferiscano di restare in possesso delle terre medesime e godere degli utili che queste potranno dare, purchè ciò non sia

di ostacolo al regolare progresso delle colmate. E il regolamento per l'esecuzione di questa legge (21 ottobre 1900) vieta, nello spazio compreso fra le sponde fisse dei corsi d'acqua naturali od artificiali pertinenti alla bonificazione, e negli argini, strade e dipendenze della bonificazione medesima, le piantagioni, le fabbriche, lo smovimento di terreni, l'apertura di canali, la costruzione di fornaci, fucine e fonderie permettendole solo a distanze determinate; vieta l'apertura di cave, l'abbruciamento di stoppie e tutte quelle opere che possano recar danno alla bonificazione (articoli 169, 170). Nei limiti consentiti dal codice civile lascia libero ai proprietari dei terreni compresi nella bonificazione l'uso della irrigazione dei loro terreni con le acque dei propri fossi non compresi tra quelli delle bonificazioni, obbligandoli però a richiudere le bocche di derivazione, appena cessato il bisogno di tenerle aperte, e a provvedere, mediante fossi di scarico, al più celere scolo possibile delle acque superanti al bisogno dell'irrigazione, eseguendo e mantenendo in regolare stato tali fossi di scarico, ed impone loro di tener sempre bene espurgati i fossi che circondano o dividono i terreni compresi nel perimetro della bonificazione, ad aprire tutti quei nuovi fossi che siano necessari pel regolare sbocco delle acque, mantenere espurgate le chiaviche e paratoie, rimuovere insomma tutti gli ostacoli al libero deflusso delle acque (articoli 175, 176);

11.ª la *legge sui consorzii di difesa contro la grandine* (9 giugno 1901), la quale, nell'interesse generale, rende obbligatorii tali consorzii quando siano richiesti dalla maggior parte degl'interessati e provvede per l'occupazione temporanea delle private proprietà su cui deve stabilirsi la difesa (art. 3, 12).

Le autorità locali, previa approvazione dell'autorità superiore, possono anch'esse stabilire limiti all'esercizio del diritto di proprietà nell'interesse generale e il regolamento per l'esecuzione della legge comunale e provinciale (19 settembre 1899) stabilisce i modi coi quali esse possono provvedere, e cioè:

a) *con regolamenti di pulizia urbana*, stabilendo norme per la nettezza dell'abitato e dei cortili interni delle case; circa il modo e il tempo di costruire, mantenere e spurgare i luoghi e depositi immondi; circa gli obblighi dei privati in ordine alla sistemazione e conservazione dei canali di spurgo e degli scoli, dei selciati, fossi e stillicidi sui luoghi pubblici; per rimuovere i pericoli derivanti dalla costruzione e riparazione di strade, ponti, fabbriche, depositi di materiale, scavi e da altre simili cause; per l'ammasso, il deposito e la custodia delle materie accendibili (art. 62, n. 3, 5, 6, 10);

b) *con regolamenti di pulizia rurale*, coi quali provvedono per la manutenzione dei canali e delle altre opere consortili destinate alla irrigazione e allo scolo, specialmente nei terreni bonificati e fognati (art. 63, n. 5);

c) *con regolamenti edilizi*, coi quali stabiliscono norme concernenti le costruzioni e restauri, le demolizioni e gli obblighi relativi dei proprietari all'oggetto che non sia impedita la via

bilità e non sia deturpato l'aspetto dell'abitato, l'intonaco e le tinte dei muri e delle facciate, quando la loro condizione deturpi l'aspetto dell'abitato; stabiliscono, inoltre, l'altezza massima dei fabbricati, provvedono alla posizione e alla conservazione dei numeri civici, ecc. (art. 64, n. 3, 4, 5 e segg.).

Un altro limite importantissimo al diritto di proprietà lo troviamo nelle varie leggi che tutelano in Italia la conservazione dei monumenti e degli oggetti di antichità e belle arti. La necessità di una legge unica per tutto il Regno che regoli uniformemente questa materia è stata da molto tempo riconosciuta e ne è stata anche tentata l'attuazione. Dal 1868 in poi abbiamo avuto vari progetti di legge sino all'ultimo del ministro Gallo presentato al Senato nella tornata del 2 dicembre 1900, ma quasi tutti per le vicende parlamentari non sono stati neppure discussi. Io fo voti perchè una legge unica per tutto il Regno venga finalmente a tutelare efficacemente il patrimonio artistico che è gloria d'Italia e del quale non si possono disconoscere nè l'alta importanza nè i vincoli che lo legano a tutta la vita nazionale, e sia informata tale legge a quei sani principî attuati sempre mirabilmente dalla coscienza giuridica italiana quando si è trattato di regolare la proprietà privata per armonizzarla cogl'interessi generali. Sia anche qui bandito l'autoritarismo sconfinato e il liberismo smodato conciliando, invece, i sacri diritti del proprietario con quelli non meno sacri della patria nostra che è la terra classica dell'arte e che ad essa deve tanta parte della sua grandezza.

Dallo sguardo dato alla nostra legislazione civile a me pare che si possa sicuramente affermare quello che ho detto sin dal principio di questo lavoro che, cioè, in materia dei limiti al diritto di proprietà il nostro legislatore è stato assai savio perchè si è informato a quei sani principî propugnati da filosofi e giuristi antichi e moderni. Non ha tralignato nelle applicazioni, ha avuto in mira di contemperare l'interesse individuale ed il sociale per quanto lo richiedevano i fini della comunanza, ed è riuscito perfettamente nell'intento potendo vantarsi di aver dato alla patria un complesso di leggi a tal riguardo, che sono state riconosciute di gran lunga superiori a tutte quelle che imperano negli altri paesi d'Europa.

Dott. FRANCESCO DEGNI.

RECENSIONI.

MICELI prof. VINCENZO. — *Analisi giuridica della nozione d'incostituzionalità* — (Estratto dalla *Enciclopedia giuridica italiana*. Milano, Società Editrice Libraria, 1901).

Breve, concisa ed efficace è quest'analisi che, ultimamente, ha tentato il giovine professore della Università di Perugia sul concetto d'incostituzionalità.

Egli accetta questo termine come « la denominazione astratta di tutti quegli atti che si considerano contrari alla costituzione di un dato paese », inten-

dendo appunto per costituzione « quell'insieme di norme giuridiche onde la sovranità si organizza nello Stato e si estrinseca per mezzo dei pubblici poteri, tanto se questi si considerino nei loro rapporti reciproci, tanto se si considerino nei rapporti con i sudditi. »

La incostituzionalità sarebbe perciò una cosa diversa dalla illegalità: mentre da un punto di vista avrebbe un significato più ristretto di questa, lo avrebbe invece più largo sotto un altro aspetto. La differenza giuridica sostanziale fra i due concetti, in ogni modo, sarebbe prodotta dal carattere più certo della legge e dal carattere più vago ed oscillante della costituzione, a causa del continuo infiltramento degli elementi politici in seno alla norma costituzionale. E perciò stesso la incostituzionalità, onde poter essere debitamente constatata ed apprezzata, richiederebbe un maggior senso giuridico ed un maggiore istinto politico nella coscienza pubblica.

Da un altro punto di vista, pare all'A. di potere ricondurre le due figure sotto un solo generico concetto di violazione di diritto: e difatti molte sono le attinenze che possono fra di esse rilevarsi, pur rimanendo sempre al concetto d'incostituzionalità un carattere più vago e più elastico.

La incostituzionalità si estrinseca più comunemente nelle due forme della legge e dell'ordinanza: quindi vi possono essere leggi come ordinanze incostituzionali.

Seguendo la nomenclatura di alcuni scrittori inglesi, l'A. osserva che la legge incostituzionale può solo aver luogo in uno Stato la cui costituzione è *rigida*, mentre non lo potrebbe in quegli Stati la cui costituzione è *flessibile*.

Senonchè, secondo noi, sarebbe lecito dubitare se, anche in questo caso, non si possa rivelare incostituzionale una legge, allorchè, per es., pur essendo fatta dall'ordinario potere legislativo, violi nella sua sostanza lo *spirito* di taluna o di tutte quelle norme fondamentali che costituiscono la base dell'organismo politico dello Stato, o, in qualunque modo, pecchi contro l'indole e lo spirito del governo libero: anzi, ci pare che gli Inglesi, che pure hanno adottato la teoria dell'onnipotenza parlamentare, si sieno sempre tenuti molto fedeli a questo principio.

Non è giusto infatti l'asserire, come fa l'A., che « dove la costituzione è flessibile la legge non può mai diventare incostituzionale per la semplice ragione che la legge costituzionale è una legge come tutte le altre, e la legge dal momento che è legge è sempre costituzionale ».

Per tal modo si dimentica che — pur non attribuendosi in questo caso il potere legislativo la facoltà di quel potere *costituente* che solo ha il diritto di modificare la costituzione in quelle di carattere rigido, perchè appunto il potere legislativo si confonde col costituente — vi è sempre in ogni Stato un ordine di principî superiore anche ai poteri pubblici e che vuol essere sempre dai medesimi rispettato; la legge, che li conculcasse, si dovrebbe dire, con una certa larghezza di linguaggio, incostituzionale, in quanto sarebbe violatrice di principî generali di diritto pubblico.

Gli è che l'A. considera la questione solo dal punto di vista del principio dell'onnipotenza parlamentare, che vige nelle costituzioni a tipo flessibile: ciò non toglie però, secondo noi, che possa concepirsi una legge incostituzionale anche di fronte alle medesime, che pur riconoscono all'ordinario potere legislativo la facoltà di modificare qualunque legge; poichè, se non vuole questo stesso potere esorbitare dalla costituzione, bisogna pur che si mantenga entro quei certi limiti che gli vengono imposti appunto dalle fondamentali esigenze della costituzione giuridica dello Stato.

L'A. dopo aver dimostrato che la nostra costituzione si è modellata sul tipo di quelle flessibili, soggiunge tosto che in esse « non vi è posto per la distinzione fra le leggi costituzionali e le leggi incostituzionali ».

Noi diremmo piuttosto, che, in questo genere di costituzioni, non vi sarebbe posto ad una distinzione fra le leggi costituzionali ed ordinarie: ben altro infatti è parlare di leggi incostituzionali, poichè, a nostro avviso, si dovrebbe sempre ritenere incostituzionale, per es., quella legge che, pur avendo riportato l'assenso dei tre rami del Parlamento, fosse per sua natura violatrice del principio della divisione dei poteri.

Non basta, come vuole l'A., che una legge sia tale per potersi dire costituzionale: questo può esser vero solo dal lato formale, ma la teoria porterebbe evidentemente a conseguenze disastrose, ove si volesse estenderla anche alla

natura *intrinseca* ed *essenziale* della legge, alla quale pure bisognerebbe aver riguardo, contrariamente a quanto ne pensa il Miceli, per determinare esattamente la nozione *giuridica* della incostituzionalità.

Perfettamente giusto ci sembra invece il concetto portato dall'A. a riguardo dell'ordinanza, la quale si direbbe incostituzionale « quando esce dai confini assegnati dalla costituzione alle attribuzioni del potere esecutivo ». Egli fa rilevare che vi è, al riguardo, tutta una categoria di ordinanze con le quali l'esecutivo può espressamente invadere le attribuzioni del Parlamento, e cioè quando, in caso di pubblica necessità, esso emani dei decreti che deroghino alle leggi.

Giustamente egli osserva, rapporto al nostro diritto pubblico positivo, che esso non ha potuto fissare in modo preciso i limiti giuridici fra ordinanza e legge: ed invero, diventa un problema insolubile il dire quando è che l'ordinanza abbia superato i confini assegnatile dalla costituzione, poichè « i criterî obbiettivi di distinzione non esistono e tutto dipende praticamente dalla rispettiva forza dei due poteri (legislativo ed esecutivo), dalla loro rispettiva attività, o dalla necessità o dal complesso delle accidentali condizioni che hanno favorito in una data categoria di rapporti l'azione dell'uno a preferenza che quella dell'altro ».

Per tal modo l'A. si trova tratto a parlare brevemente delle principali categorie di rapporti, in cui è caduta al riguardo la controversia presso di noi, con lo scopo evidente di far rilevare come l'esecutivo sia venuto sempre più allargando la sfera delle sue attribuzioni a danno del legislativo: informino i decreti-legge in genere, le sospensioni di guarentigie costituzionali, le delegazioni o concessoni di poteri straordinarî da parte del legislativo.

Altre cause che contribuiscono, secondo l'A., al medesimo risultato, sarebbero la crescente atività dello Stato e quindi il crescente bisogno di nuove leggi, la convinzione crescente della incapacità dei Parlamenti a discuterle, il carattere sempre più spiccatamente tecnico di parecchie di queste leggi; e, nei paesi a governo parlamentare, anche i movimenti elettorali tenderebbero a far restringere i confini della legge ed allargare quelli del regolamento.

Un paragrafo speciale è destinato a quella speciale categoria di norme regolanti l'interno funzionamento dei varî corpi politici, come le Camere, il Gabinetto, ecc., le quali sieno determinate da regolamenti o consuetudini che vengano in qualche modo a trovarsi in contrasto con le tassative disposizioni, delle leggi costituzionali. La incostituzionalità di codeste norme, secondo lui, può prodursi ugualmente con i due tipi di costituzione di cui si è parlato, nè va trascurata la importanza speciale che in questa parte del diritto costituzionale acquista la consuetudine: della quale appunto l'A. ha saputo delineare qui esattamente una specifica applicazione, in rapporto a quanto aveva scritto egli stesso non è molto su questo argomento, in un lavoro, di cui avemmo occasione di occuparci.

In quanto poi agli organi cui compete il diritto ed incombe il dovere di dichiarare l'incostituzionalità degli atti commessi dai poteri pubblici in genere, cioè di quegli organi che devono esercitare il sindacato costituzionale ed essere quindi i guardiani della costituzione, egli distingue nelle varie costituzioni il sistema dei poteri ordinari da quello dei poteri straordinari: il primo dei quali affida il sindacato ad uno dei poteri pubblici che esercitano le altre funzioni ordinarie in ogni Stato, mentre l'altro sistema crea un potere apposito il quale non abbia altro còmpito se non quello di esercitare tale funzione di sindacato, o che, pure avendo altre funzioni secondarie, avrà sempre come principale ufficio quello di essere il guardiano della costituzione.

Un breve cenno del nostro diritto positivo, in riguardo a quest'ultimo punto, chiude il lavoro del Miceli, il quale serve ad attestare una volta di più la eletta operosità scientifica dell'egregio professore di Perugia, che, in questo come nei suoi precedenti scritti, dominato sempre da quella tendenza a voler riscontrare nel governo di Gabinetto un carattere punto giuridico, tendenza che contraddistingue si può dire tutti i suoi studi, non tralascia occasione di portare il contributo delle sue osservazioni d'indole sociologica anche in quegli argomenti che, come quest'ultimo, rivestono una natura più specialmente giuridica. Abbiamo perciò creduto opportuno di portare su codesto lavoro la nostra attenzione.

Sassari, 28 luglio 1901.

ANTONIO FERRACCIU.

Ulisse Gobbi. — *Le Società di mutuo soccorso.* — Milano, Società Editrice Libraria, 1901.

Questo di Ulisse Gobbi — il noto economista liberale — è uno studio d'indole giuridica che tocca le questioni che possono importare al giurista circa le Società di mutuo soccorso, e le tocca con chiarezza e con competenza speciale. Guardate dal lato economico le Società di mutuo soccorso appartengono alla categoria delle associazioni mutue di assicurazione, e sono come associazioni che esercitano certe funzioni di carattere assicurativo col principio della mutualità, aggiungendone spesso a queste, che debbono essere le principali, altre accessorie dirette ad accrescere le forze economiche o intellettuali o morali dei soci.

Il mutuo soccorso è un'applicazione del principio cooperativo, sebbene il nome di cooperative sia stato preso principalmente dalle Società che dovettero la loro origine ad un impulso di reazione contro le imprese di speculazione.

Si agita vivamente fra giuristi la questione, se le Società di mutuo soccorso siano Società secondo il diritto italiano; un buon numero di giuristi, tra i quali ve ne sono dei valentissimi, sostengono la tesi negativa; il Gobbi, invece, adduce buoni e forti argomenti per stabilire la tesi contraria, cioè che le Società di mutuo soccorso contengono tutti gli elementi per essere Società secondo il diritto italiano, il quale stabilisce questi tre elementi economici essenziali per il contratto di Società: i contributi dei soci, il fondo comune o patrimonio sociale, il guadagno diviso fra i soci.

Differente è la condizione legale in cui possono trovarsi le Società di mutuo soccorso in Italia; due sono le forme legali caratteristiche: quella stabilita dalla legge 15 aprile 1886 ed il riconoscimento mediante regio decreto. Parecchie sono le formalità richieste, tanto secondo la legge 16 aprile 1886 quanto per il riconoscimento per decreto reale.

Altro è l'ordinamento della Società secondo la legge del 16 aprile, altro deve contenere lo statuto delle Società riconosciute per decreto regio. I soci vanno trattati con parità di trattamento; i loro contributi sono in relazione ai sussidi a cui acquistano il diritto, essi concorrono all'amministrazione della Società con la loro attività personale.

L'ordinamento amministrativo della Società di mutuo soccorso non è molto complesso; esso è compreso nell'Assemblea generale, nella convocazione della medesima, nella sua composizione, nella maggioranza richiesta per le deliberazioni, nella procedura dell'Assemblea, negli amministratori, nei sindaci, negli arbitri e nei probiviri.

Il patrimonio deve essere amministrato in modo che si mantenga l'equilibrio tra i mezzi e gl'impegni, fermando il bilancio tecnico ad un fondo di riserva generale.

Lo scioglimento di una Società può essere di diritto o volontario; le Società di mutuo soccorso essendo commerciali, ne consegue che possono trovarsi in stato di fallimento; esse godono di un trattamento fiscale privilegiato per quanto riguarda le tasse di bollo e registro, le tasse nelle assicurazioni, le spese giudiziarie, l'imposta sui redditi della ricchezza mobile. Molteplici sono i rapporti delle Società di mutuo soccorso con altre istituzioni; anzitutto il mutuo soccorso è un caso speciale della cooperazione, e può essere la sorgente di altre cooperative. Messe in confronto con gl'istituti di risparmio, si ha che le Società di mutuo soccorso furono spesso aiutate dalla Cassa di risparmio; il semplice risparmio ha di comune col mutuo soccorso il vantaggio di ripartire le spese della famiglia col miglior criterio.

Le Società di mutuo soccorso possono anche adempiere a funzioni assicurative riguardo agl'infortuni, all'invalidità e alla vecchiaia, alla vita ed al caso di disoccupazione.

La differenza tra il mutuo soccorso e le associazioni professionali consiste in questo, che il primo è mezzo di conservazione, le Società di tutela invece sono mezzo di avanzamento.

Da questo rapido cenno che abbiamo dato si vede qual numero di questioni il giurista abbia toccato nel suo volume, il quale si può dire una trattazione completa intorno all'argomento importante del mutuo soccorso.

A. Cantono.

Giurisprudenza Civile e Commerciale

a) — CORTI DI CASSAZIONE.

TORINO, 30 agosto 1901 — *Pres.* Bozzi — *Est.* De Giuli — *P. M.* Garelli = Daccò c. Mazzucchelli e altri.

Amanuense del notaio, *agli effetti di che agli articoli 49 e 42 legge notarile, non può ritenersi lo scrivano che il notaio impieghi di tanto in tanto per lavori straordinari del suo studio* (1).

Con istromento 16 agosto 1885 del notaio dottor Giuseppe Castiglioni, Luca Mazzuchelli mutuava al di lui cognato Luigi Fontana e moglie Carolina Pozzi la somma di L. 25,000.

A garanzia di tale mutuo iscrivevasi ipoteca a favore del mutuante su stabili in Gazzada di ragione comune di esso Luigi Fontana, e fratelli Marco e Giuseppe, i quali ultimi del primo costituivansi fideiussori solidali.

Con successivo istromento 23 agosto 1885 pure a rogito Castiglioni, quella garanzia ipotecaria veniva estesa anche ad altri stabili di ragione comune a guisa dei primi, e che si dissero per inavvertenza omessi nel precedente rogito del 16 agosto.

In seguito il Marco Fontana provocava la divisione dell'eredità paterna in confronto dei suoi fratelli e sorella Luigi, Giuseppe e Rosa; divisione ordinata con sentenza del tribunale di Varese del 13 febb. 1887, colla quale si nominava in amministratore giudiziale del patrimonio dividendo, in pendenza del relativo giudizio, il rag. Silvio Macchi.

Ma quanto agli stabili non comodamente divisibili si addivenne davanti al notaio delegato il 22 dic. 1888 alla vendita degli stessi e se ne reso deliberatario il Marco Fontana pel prezzo di L. 46,000.

Senonchè, il Marco Fontana, che avrebbe avuto per obbligo principale di pagare le L. 25,000 del credito Mazzucchelli onde purgare dalla relativa ipoteca gli stabili a lui deliberati, non si trovò in grado di pagare; e allora tanto l'amministratore rag. Macchi, quanto il detto creditore Mazzucchelli fecero procedere ad espropriazione e nuova vendita di quegli stabili a carico dell'inadempiente Marco Fontana, rimanendo aggiudicatario per L. 30,000 il Mazzucchelli.

Il giudice delegato compilava dopo la vendita lo stato di graduazione 14 giugno 1896, secondo il quale, stante la precedenza del credito ipotecario del Luca Mazzucchelli, veniva a risultare nella massima parte scoperto il credito dotale della Ernesta Daccò moglie del Marco Fontana di L. 13,733.

Da qui gli sforzi della Daccò per rimuovere la ipoteca Mazzucchelli, e in ciò sta tutta la causa e tutta la controversia.

L'Ernesta Daccò eccepì di nullità i due istromenti ai rogiti Castiglioni, 16 e 23 agosto 1885 sopra citati.

Disse che erano nulli perchè figurava intervenuto in essi quale teste certo Calimeri Giuseppe, il quale, come essa Daccò sosteneva, era in quell'epoca l'abituale amanuense del notaio rogante dott. Giuseppe Castiglioni.

La nullità si invocava in base al disposto degli art. 42 e 49 della legge 25 maggio 1879 sul riordinamento del notariato.

Art. 42: « Non sono testimoni idonei i praticanti e gli amanuensi del notaio, e le persone addette al suo servizio ».

Art. 49: « L'atto notarile è nullo, se non furono osservate le disposizioni degli articoli 40 e 49 ».

Rimesse, come di rito, le parti dinanzi al tribunale per l'omologazione dello stato di graduazione, di fronte alla sollevata eccezione di nullità, il Mazzucchelli chiamava in garanzia per ogni eventuale conseguenza gli eredi del notaio Castiglioni, e precisamente i minorenni di lui figli Mario e Carlo sotto la patria podestà della madre Palmira

(1) Cfr., da ultimo, A. Genova, 5 febbraio 1897 in questo periodico, 1897, 137, coi richiami in nota.

Pirovano, e sotto la curatela testamentaria di Antonini Emilia.

Il tribunale, colla sentenza 31 dic. 1896, faceva luogo a un duplice esperimento di prova per testi e per perizia, accogliendo le relative istanze della Daccò e dei Fontana che fecero causa comune con essa, respingeva poi un capitolo di prova per testi proposto dal Luca Mazzucchelli e diretto a stabilire che il Calimeri non prestava l'opera sua al notaio Castiglioni se non ad intervalli, avendo stabile occupazione presso la ditta Ermetti di Varese.

La Corte di Milano, colla sentenza 26 novembre 1897, riformò in parte la sentenza del tribunale; ammise oltre i quattro capitoli dedotti dalli Daccò-Fontana, anche quello articolato dal Mazzucchelli; negò l'esperimento peritale.

Si esaurirono le prove testimoniali *hinc inde* dedotte. Sulle risultanze di queste il tribunale escludeva che il Calimeri fosse amanuense del notaio Castiglioni nell'epoca in cui vennero rogati gli istrumenti del 1885, e in conseguenza respingendosi la principale obbiezione allo stato di graduazione, questo veniva omologato.

Ottenuta l'ammissione al gratuito patrocinio la Daccò Ernesta, anche nell'interesse dei minorenni suoi figli Giuseppe ed Anna Fontana, appellava da questa sentenza; ma la Corte d'appello confermava il giudicato del tribunale, escludendo, come questi aveva fatto, che il Calimeri si potesse, all'epoca in cui furono rogati i due istromenti del 1885, dirsi amanuense o altrimenti addetto al servizio del notaio rogante Castiglioni.

La Daccò ricorre in cassazione contro la sentenza della Corte di Milano denunciandola per due mezzi:

1.° Falsa interpretazione e violazione degli art. 40, 42 e 49 della legge 25 maggio 1879.

Invano si accinge la ricorrente a voler infirmare la pronuncia della Corte di merito, invocando nel I mezzo una falsa interpretazione e violazione della legge notarile in quanto vieta, sotto pena di nullità, al notaio di adibire a testimoniare nel rogito suo il proprio amanuense.

La Corte milanese dette la più retta interpretazione delle disposizioni di legge relative, e si uniformò a quei principî che la più recente giurisprudenza ha in proposito adottati.

E per verità, esattamente la Corte d'appello, premesso che ogni disposizione limitativa di diritti, e costituente una eccezione, vuol essere strettamente accettata e interpretata, escludeva che potesse rientrare nel divieto della legge colui che, occasionalmente, per quanto di frequente, sia dal notaio assunto per copiare atti notarili.

Per poco si addentri lo spirito della legge devesi concedere che questa interpretazione si presenta la più conforme agli intenti del legislatore.

L'art. 42 della legge notarile ripete sostanzialmente il divieto scritto nell'art. 788 capov. c. c.

Identico criterio consigliò il legislatore a ritenere inidoneo a far testimonianza in un atto notarile quegli che è in modo permanente addetto allo studio del notaio rogante nella qualità di amanuense.

Senonchè, il lavoro che può disimpegnare uno scrivano presso un notaio, non vale per sè stesso a definire la figura giuridica dell'amanuense. Tale nel senso della legge è colui che viene dal notaio esclusivamente addetto a questo servizio, che ha per esso un assegno fisso, che di tal servizio forma la principale sua occupazione.

Nè può esser dubbio che il legislatore, sanzionando questa inidoneità, abbia avuto per iscopo di impedire che testimoniasse del fatto e dell'operato di un notaio, della veridicità di quanto questi traduceva nel proprio rogito, colui che trovavasi in una situazione di dipendenza dallo stesso ufficiale pubblico.

Si volle, a prescindere dal bisogno in cui la persona dipendente può trovarsi di conservare una posizione a lei proficua, eliminare persino il dubbio che un *metus* reverenziale potesse togliere al testimone la piena sua libertà d'azione, ove avesse rilevato una offesa alla verità di quanto era seguìto innanzi il notaio rogante.

Ma non può presumersi che ciò avvenga nel caso in cui uno scrivano sia dal notaio adibito ad un lavoro che non abbia carattere di permanenza e di continuità. Non sorge allora quell'interesse materiale a conservare un posto retribuito e fisso, e pel quale egli possa indursi a testificare anche ciò che non è conforme al vero per non pregiudicare la sua posizione; non sorge quella dipendenza che interviene solo di fronte ad una vera stabilità di rapporti d'interesse fra principale e commesso.

La Corte di merito, applicati questi principî, con una disamina diligente e dettagliata delle risultanze delle assunte prove testimoniali, ritenne che il Calimeri non prestava nel 1885 presso il notaio Castiglioni servigi che avessero carattere di continuità o di permanenza: ben lungi da ciò, ritenne che il Calimeri avesse impiego stabile nella qualità di contabile della ditta Ermolli di Varese, mentre solo ad intervalli, e nelle ore libere dalla sua stabile occupazione presso quella Ditta, assumeva in modo occasionale e avventizio lavori di copiatura dal notaio Castiglioni.

Con ciò il magistrato di merito emise un sovrano suo apprezzamento, e sono quindi inani sforzi quelli dalla ricorrente adottati in questo I mezzo, nel voler richiamare l'attenzione del Supremo Collegio sulla erroneità di tale apprezzamento che sfugge ad ogni censura in questa sede.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

PALERMO, 23 luglio 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Stranieri — *P. M.* Caruso = Muratori c. Di Domenico ed altri.

Anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna può la donna maritata convenuta in giudizio per una obbligazione implicante opposizione di interessi col marito, senza l'autorizzazione giudiziale, eccepire la nullità di cui all'art. 137 c. c. (1).

La ricorrente Muratori non mette in dubbio il principio che le obbligazioni assunte dalla moglie solidalmente col marito siano nulle in rapporto a costei quando manchi l' autorizzazione del tribunale, stante l'opposizione d'interesse tra marito e moglie.

Essa ricorrente però sostiene che, nella specie, l' azione di nullità spiegata dalla signora Di Domenico per le obbligazioni assunte solidalmente col marito Di Chiara mercè gli atti di mutuo e gli effetti cambiari sia inammissibile e da rigettare per ostacolo della cosa giudicata nascente da diverse sentenze, e cioè, dalla sentenza di vendita del fondo di essa Di Domenico emessa in contraddizione della stessa debitrice, dalle sentenze con le quali fu la Di Domenico condannata al pagamento degli effetti cambiari, e dalla sentenza di surrogazione del sequestratario giudiziario, nel quale giudizio intervenne la Di Domenico, facendo eco alla domanda di surrogazione.

Ma cotesto assunto della ricorrente non trova il suffragio della legge. Il giudicato presuppone che la persona contro la quale si vuol far valere un diritto sia stata in giudizio citata legalmente, ed il codice di rito determina il modo come le persone, in tutto o in parte incapaci, possono stare in giudizio.

Le persone che non hanno il libero esercizio dei loro diritti devono essere rappresentate, assistite o autorizzate a norma delle leggi che regolano il loro stato e la loro capacità. La donna maritata, secondo i casi contemplati dagli art. 134 e 136 c. c., deve essere autorizzata dal marito o, in caso di opposizione d'interesse, dal tribunale. Dati questi principî fondamentali del nostro diritto giudiziario, ne viene di conseguenza che una sentenza resa in contradditorio di una donna maritata, senza la voluta autorizzazione, non è a lei opponibile, perchè la sua personalità giuridica non essendo completa, manca la contestazione della lite.

Segue da ciò che invano la ricorrente parla nella specie di cosa giudicata nella controversia della nullità delle obbligazioni assunte dalla Di Domenico. Questa fu chiamata nel giudizio di espropria, fu condannata al pagamento delle cambiali, ed intervenne nel giudizio di surrogazione di amministratore giudiziario senza essere stata preventivamente autorizzata dal tribunale, sotto pena di nullità, a termini dei citati articoli, e quindi le sentenze emesse nei detti giudizi non possono costituire cosa giudicata contro la Di Domenico, perchè appunto come per le obbligazioni, così per i giudizi relativi alle stesse, eravi opposizione d'interesse tra marito e moglie.

Il I mezzo del ricorso va quindi respinto.

(1) In senso contrario è andata testè la Corte d'appello di Catania, nella causa Cassa di Risparmio di Corleone c. Tortorici (26 luglio 1901 est. De Feo). La sentenza osserva che tutte le sentenze, pur quelle che offendono l'ordine pubblico o che contengono un eccesso di potere passano in giudicato e quindi, a maggior ragione, deve applicarsi il principio quando si tratti di una nullità relativa che può essere e non essere opposta, e che deriva non da uno stato d'incapacità assoluta, ma da semplice ossequio all'autorità del capo di famiglia. Sarebbe esagerare la tutela della donna maritata sottrarla anche all'osservanza del giudicato. La contraria teoria porterebbe a gravi conseguenze, quale quella dell'annullamento di tutto un procedimento nel quale la donna, mentre poteva intervenire e dedurre la spettantele eccezione, forse rimasta deliberatamente contumace, con grave scapito degli interessi dei creditori, che possono essere di buona fede.

—

ROMA (Sez. unite), 17 giugno 1901 — *Pres.* Pagano-Guarnaschelli — *Est.* Cefalo — *P. M.* Quarta = Cordiano c. Barbieri.

1. *Nelle provincie dell'ex-regno delle Due Sicilie sono tuttora in vigore i privilegi e vincoli inerenti all'esercizio dalla farmacia, di cui alla legge 10 aprile 1850 e al relativo regolamento 27 gennaio 1853* (1).

2. *È di esclusiva competenza dell' autorità giudiziaria il conoscere dell'azione di danni promossa da un farmacista privilegiato contro chi aperse abusivamente un'altra azienda farmaceutica.*

(1) Cfr., da ultimo, A. Milano, 12 luglio 1901, in questo stesso fascicolo, p. 858.

3. *Non può invece l'autorità giudiziaria ordinare la chiusura forzata della detta farmacia* (1).

È indubitato che la legge 10 aprile 1850 ed il relativo regolamento 27 gennaio del 1853, nel Napoletano, colle loro varie prescrizioni ebbero ad oggetto di tutelare ad un tempo la salute dei cittadini, e di garantire gl'interessi economici dei farmacisti; ond'era stabilito che l'esercente avesse dovuto al tempo stesso essere fornito di diploma ed essere proprietario della farmacia; e si davano disposizioni in ordine al numero delle farmacie, alla distanza e nel caso di morte del farmacista proprietario, ecc.

Ma non si può però affermare che alcune prescrizioni fossero date nell'interesse pubblico esclusivamente, senza che avessero alcun lato per cui si risolvevano anche in vantaggio dei farmacisti, e così non può dirsi che la condizione di dover essere al tempo stesso laureato e proprietario per poter esercitare una farmacia fosse imposta soltanto pel retto funzionamento del pubblico servizio, quando invece è evidente che garantiva pure l'interesse dei farmacisti, evitando ad essi il danno derivante dalla concorrenza di chi non avesse quella duplice condizione. Ond'è che per tal considerazione vien meno la base del I mezzo del ricorso; dacchè, se non può ammettersi che la prescrizione su riferita fosse stata fondata su motivi esclusivi d'interesse pubblico, non poteva più dedursi la conseguenza della improponibilità dell'azione; mentre allora non si avrebbe già l'azione del privato diretta allo scopo astratto di far mantenere l'osservanza di una norma di diritto pubblico, ma invece un'azione del privato diretta allo scopo concreto di essere risarcito di un danno che sarebbe derivato dall'inosservanza di un precetto di legge, che oltre al pubblico interesse, provvedeva pure al vantaggio del farmacista esercente, tutelando un suo diritto. E se il Barbieri poneva a base dell'azione promossa la esistenza di un suo diritto patrimoniale, industriale, che diceva garantito dalle leggi del 1850 e 1853, e leso dal fatto di altri, che con l'inosservanza dei vincoli posti da dette leggi gli recavano danno; certo che non poteva dirsi improponibile tale azione, con cui in sostanza si veniva a chiedere il risarcimento di un danno, nè incompetente l'autorità giudiziaria a conoscere della esistenza del preteso diritto, della voluta garantia di tal diritto derivante dalle leggi invocate e della lamentata lesione dello stesso. Se si doveva ricercare e definire se potesse dirsi esistente un vero e proprio diritto, e ritenersi verificata la lesione dello stesso, competente a conoscere della controversia era certo l'autorità giudiziaria, cui sono devolute tutte le materie, nelle quali si faccia quistione di un diritto civile e politico.

Nè può sostenersi poi che tale azione non sarebbe stata più proponibile nè esperibile dopo la legge 22 dic. 1888 sulla tutela della sanità pubblica. È giurisprudenza ormai costante quella per cui si ritiene che l'art. 68 di detta legge non abbia abolito alcuno degli antichi vincoli e privilegi relativi alle farmacie, i quali perciò sono rimasti tutti in vigore; e se una fiata questa Cassazione ammise che dovessero ritenersi mantenuti solo quei vincoli che fossero costituiti, non pel solo interesse generale, ma per assicurare ai farmacisti particolari vantaggi, posteriormente si è ritenuto che fossero rimasti conservati tutti i vincoli, che riflettevano le farmacie in base alle leggi precedenti, perchè senza distinzione si vollero tutti dal legislatore mantenere salvi provvisoriamente.

E a tale interpretazione han condotto in prima le espressioni letterali dell'art. 68 combinato con gli art. 26 e 71 della legge, a prescindere che l'art. 26 con formula negativa prescrive solo condizioni per l'apertura delle farmacie, senza proclamare il principio della libertà dell'esercizio; pure, ammesso che l'avesse proclamato, certo che non si può prescindere dalle espressioni dell'articolo 68, e da queste espressioni letterali e dagli atti parlamentari risulta chiara la volontà del legislatore; mentre se il legislatore con detto articolo si riserbava di provvedere per l'abolizione dei vincoli e privilegi con apposita legge, è conseguenza logica necessaria quella di ritenere che fosse stata rinviata l'abolizione, e non già attuata dalla stessa legge. E se si pone mente alla motivazione di tale articolo, ed alle concordi manifestazioni fatte al Senato ed alla Camera dei deputati dai relatori e presidenti delle Commissioni, ed al rigetto della proposta fatta dal senatore Costa per l'aggiunzione di un capoverso dichiarativo dell'unanime parere, cesserà ogni dubbio; dacchè il rigetto fu determinato dalla ragione dedotta espressamente « che non occorreva dire, essendo chiarissimo, che i vincoli restavano intatti, e che non si mutava lo stato delle cose, fino a che una nuova legge non fosse stata approvata ». Così che pel letterale significato, per la ragione che informò la disposizione e per la volontà espressamente dichiarata dal legislatore, non può farsi distinzione alcuna tra vincoli d'interesse ge-

(1) In senso contrario, A. Milano citata alla nota precedente.

nerale e particolare e tra vincoli che potessero dare diritto ad indennità o meno, non avendo voluto farla il legislatore deliberatamente; ed anche perchè ogni distinzione contrasterebbe col concetto sostanziale dell'art. 68, che è quello di un equo temperamento transitorio, e farebbe risolvere dal magistrato un problema, che il legislatore espressamente riserbava a sè.

Onde non può sostenersi nè che le condizioni prescritte dalle leggi napoletane non fossero più richieste per la legge del 1865, quando invece coll'art. 30 di essa fu detto espressamente che nulla era innovato quanto all'esercizio del commercio ed industria della farmacia; nè che fossero state abolite colla legge del 1888 o che si dovessero distinguere i privilegi in ordine pubblico da quelli patrimoniali; quando il legislatore disse non volere nè potere abolire gli uni e gli altri; ed appunto perchè si era discordi sul risarcimento, alcuni volendolo per tutti i vincoli, altri negandolo per tutti, ed altri facendo distinzioni, il legislatore rimandò la questione senza pregiudicarla. E può ripetersi ciò che altra fiata fu detto, che col volere sostenere che con l'art. 68 si fosse sospesa l'esecuzione dell'art. 26 all'unico fine di regolare la indennità dei vincoli risarcibili, si confonderebbe lo scopo per cui fu rimandata la esecuzione col fatto del rimando, e si negherebbe quanto il legislatore chiaramente espresse, riserbandosi egli stesso di vedere, se e quali vincoli fossero risarcibili. Epperò esorbiterebbe l'autorità giudiziaria dai suoi limiti, se volesse conoscere della natura dei singoli vincoli e privilegi preesistenti nelle regioni diverse d'Italia al fine di determinare se abbiano o meno carattere di diritto privato e risarcibile, e quindi se debba ritenersene sospesa o meno l'abolizione. Però, se il Barbieri poteva, per le ragioni su cennate, proporre dimanda per risarcimento di danni derivanti da una pretesa lesione del suo diritto privato, e l'autorità giudiziaria era competente a conoscere della esistenza e lesione del diritto stesso al fine di provvedere sul chiesto risarcimento dei danni, non poteva certo d'altra parte nè il Barbieri chiedere all'autorità giudiziaria, nè questa provvedere sulla chiusura della farmacia, perchè tal provvedimento esorbitava evidentemente dai limiti di sua competenza; ed è con tale restrizione che si ritiene la competenza dell'autorità giudiziaria nella causa presente.

E a tale dichiarazione debbono soffermarsi queste Sezioni Unite, rigettando i primi due mezzi del ricorso relativi alla competenza giudiziaria, che dichiarano, meno per la chiusura della farmacia, rinviando la cognizione degli altri mezzi alla Cassazione territoriale di Napoli, nella cui giurisdizione rientrano le quistioni di merito.

P. q. m., la Corte, a Sezioni Unite, rigetta i primi due mezzi del ricorso e rinvia.

—

PALERMO, 15 giugno 1901 — *Pres.* Majelli — *Est.* Adragna — *P. M.* Gionfrida = Maselli c. La Rosa.

Non può essere sanata con posteriore omologazione la nullità dell'alienazione o dell'obbligazione delle ragioni dotali, avvenuta senza precedente autorizzazione del tribunale (1).

Per quanto vera la proposizione, che la incapacità della donna sia meramente relativa allorchè sia divenuta sposa, altrettanto è erronea la diversa proposizione, di valere autorizzazione la postuma omologazione che si possa richiedere al magistrato di un atto irregolarmente fatto dalla donna maritata senza l'autorizzazione del marito o del tribunale.

La legge, sia che si tratti durante il matrimonio di alienazione di dote o di ragioni dotali, ciò non permette, anco col consenso del marito, se non vi è il decreto del tribunale che ciò autorizzi nei soli casi di necessità od utilità evidente (art. 1405 c. c.), come se vi sia opposizione d'interesse tra marito e moglie, qualunque ne sia l'atto, sarà sempre necessaria l'autorizzazione del tribunale (art. 136 c. c.). Tutto ciò perchè?

Non per altro che per integrare la incapacità giuridica, per quanto relativa, della donna maritata, che sotto la influenza e podestà del marito può addivenire a degli atti, che, più che a sostegno dei pesi del matrimonio, e più che recare dei vantaggi alla famiglia, possono essere dannosi e nocivi, ed il legislatore, cui stava a cuore l'ordine delle famiglie, di cui la società si compone, doveva circondare la famiglia, per mezzo del magistrato, di quelle cautele che spesso il capo della famiglia non vede.

È codesta la ragion giuridica perchè la autorizzazione del magistrato intervenga non solo, ma che preceda l'atto e non lo segua; se in diverso potesse avvenire, a quale scopo l'intervento del magistrato, chiamato per conoscere se la donna mari-

(1) La Cass. Roma, 6 giugno 1898, De Roberto c. De Gregorio (*Foro it.*, 1898, 1, 786) ha ritenuto invece valida l'ipoteca del fondo dotale anche se semplicemente omologata dal tribunale dopo la sua iscrizione. Giova però rilevare che, in quella specie, una successiva sentenza aveva autorizzato regolarmente l'alienazione del fondo pel soddisfacimento del credito e il reimpiego dell'eccedenza del prezzo.

tata voglia liberamente e di sua spontanea volontà che l'atto si faccia, ovvero se vi concorra le blandizie, la violenza, e se l'atto sia o no di vantaggio e di utilità alla famiglia?

Nè ciò è tutto. Egli è vero che nel codice civile il legislatore si serve delle parole, autorizzazione ed omologazione, ma esse però non usa indistintamente, ma ad ognuna di quelle parole attribuisce un significato proprio che per sè medesime ne rivelano il concetto.

Si autorizza infatti ad ipotecare, a vendere un dato oggetto immobiliare, ecc., il che importa dare *a priori* una facoltà che la legge permette coll'assenso del magistrato, il quale assenso, se manca, la legge non riconosce il fatto eseguito come valido e l'annulla. Invece quando si vede usata l'altra parola omologare, da essa stessa si rileva che per ordine del magistrato, o per opera di legge, deve farsi o compiersi un dato atto che si affida al perito, al notaro, al consiglio di famiglia o di tutela: il fatto eseguito va alla cognizione del magistrato, che in cotesto caso non autorizza, ma omologa o no occorrendo. Tale è il caso dell'adozione che la legge permette ai cittadini del Regno, sotto date condizioni, ma quell'atto benchè compìto prima, deve venire omologato dalla Corte (art. 214 c. c.), quello in cui la madre ha chiesto, da un consiglio di famiglia, la dispensa di talune condizioni apposte dal padre nel suo testamento per l'educazione ed amministrazione dei beni dei figli (art. 235 c. c.), o quando la vedova vuol passare a seconde nozze (art. 237), ed in generale tutte le deliberazioni del consiglio di famiglia (art. 238, 301, 314 c. c.), e la legge parla pure di omologazione per le divisioni ereditarie ordinate dal magistrato, e delegate le debite operazioni o ad un giudice, o ad un notaio, i quali hanno obbligo di compilare di tutto un processo verbale e trasmetterlo al tribunale per la relativa sentenza di omologazione (art. 894 c. p. c.). Tutto ciò fa bene intuire che altri sono i casi in cui il magistrato è chiamato ad autorizzare sopra domanda delle parti, ed altro il caso in cui è chiamato ad omologare ciò che la legge permette sì, ma colla debita cognizione da darsene al magistrato, o per omologare tutto quanto sia stato dallo stesso precedentemente ordinato. Ora nella specie non trattasi che di ipoteca dei beni della moglie, di cui parte dotali, e d'interessi opposti fra marito e moglie, e quindi non di omologazione si tratta per un fatto compiuto dal consiglio di famiglia o per ordine procedente dal magistrato, sì bene di cosa che il magistrato deve conoscere *a priori*, e senza la cui autorizzazione e colle formalità di legge, tutto ciò che si faccia è nullo, onde riconosciuto che l'atto del 1899 non è che la ratifica dell'atto del 1890 il quale era intrinsicamente nullo per manco di autorizzazione, l'omologazione avvenuta per l'atto del 1899, riguardava più che questo atto, quello del 1890, l'atto istesso del 1899, se pure fosse stato un atto *ex novo* e senza relazione di sorta con l'atto del 1890, era soggetto ad autorizzazione preventiva, anzichè ad omologazione, perchè non l'omologazione, ma l'autorizzazione integra la capacità giuridica della donna, onde ben decise la Corte del merito, quando considerò che non sana il vizio del contratto l'espediente della omologazione del tribunale, imperocchè mai potrà venir meno il fatto che al momento della stipula il consenso della donna maritata non sia stato validamente prestato.

Il ricorso vuole finalmente aiutarsi in una pretesa violazione di cosa giudicata nascente dalla sentenza di vendita, e di non avere ritenuto l'utile versione in favore della moglie. Ma nessuna delle due censure si regge, sì perchè per le censure che si presentano oggi al Supremo Collegio non furono fatte le debite implorazioni avanti al magistrato del merito, il quale non era obbligato rispondere a ciò che non si chiedeva, molto meno prevedere una postuma e serotina censura avanti il magistrato di cassazione. D'altronde, a parte che nel giudizio per la vendita la signora La Rosa non fu rappresentata, la eccezione di nullità del titolo, dalla stessa a tempo debito proposta, invalida tutto il giudizio, ed accolta la eccezione mette tutto al nulla, compresa la sentenza di vendita.

—

NAPOLI, 13 giugno 1901 — *Pres.* Santamaria-Nicolini — *Est.* Niutta = Millet, Paleso e Vinciguerra c. Maracino.

È prescrittibile in cinque anni, a sensi dell'art. 2144 c. c., il diritto ai canoni enfiteutici scaduti (1).

Il ricorso manca di qualsiasi fondamento giuridico. I ricorrenti poggiano il loro assunto sul principio che il diritto ai canoni sia pel domino diretto un diritto reale fondato sul condominio, il quale non può prescriversi a favore del domino utile ch'è un possessore precario rimpetto al direttario; ma è evidente che altro è il diritto del domino diretto alla prescrizione delle

(1) Cfr. De Filippis, *Enfiteusi*, nella *Enc. giur.* pag. 194.

annualità arretrate dei canoni medesimi. Se il primo, appunto perchè fondato sul diritto di proprietà, non è soggetto nè alla prescrizione quinquennale nè alla trentennale, non potendo l'utilista prescrivere contro il proprio titolo, il secondo poi, cioè il diritto alle annualità scadute di canoni, è soggetto alla prescrizione quinquennale come tutte le prestazioni pagabili ad anno o a periodi più brevi, per effetto del principio d'impedire con l'accumulo di un gran numero di annualità scadute la rovina del debitore. Epperò così l'art. 2183 LL. CC. abolite, come l'art. 2144 c. c. vigente assoggettano alla prescrizione quinquennale, oltre le annualità delle rendite perpetue o vitalizie, tanto le pigioni delle case e i fitti dei beni rustici che derivano da un diritto di proprietà, quanto le pensioni alimentari e gl' interessi delle somme scadute e che mettono capo a *diritti* di credito e in generale anche tutto ciò che è pagabile ad anno ed a termini periodici più brevi. Epperò se non può dubitarsi che i canoni enfiteutici sieno prestazioni pagabili ad anno, e se è evidente che anche per l'accumulo di molte annualità di canone si potrebbe, come per l'accumulo di annualità di fitto o d' interessi, verificare la rovina del debitore, che il legislatore ha inteso appunto di prevenire con la prescrizione quinquennale, si appalesa un vero fuor d'opera far questione se i canoni enfiteutici siano ovvero no soggetti alla prescrizione quinquennale stabilita così dalla cessata come dalla vigente legislazione. E un dubbio siffatto si mostra poi tanto più insussistente, per quanto esso possa riferirsi ai canoni che derivano da enfiteusi stipulate, come quella di che si tratta, sotto l'impero delle abolite leggi civili del 1819, mentre contro l'assunto dei ricorrenti si ha l'interpretazione autentica data dal legislatore del tempo, il quale col R. Rescritto 17 febb. 1839 dichiarando che la rinnovazione del titolo *non fosse* necessaria pel direttario non essendo possibile la prescrizione del dominio diretto, soggiunse nel tempo stesso non essere però dubbia l'applicazione ai canoni della prescrizione quinquennale stabilita dall'articolo 2183 delle abolite LL. CC.

P. q. m., la Corte cassa, ecc.

—

TORINO, 13 aprile 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* De Amicis — *P. M.* Mazza = Ratti c. Piola.

1. *È valida la clausola stipulata in un contratto di mutuo, per cui la restituzione della somma debba esser fatta nello stessa specie metallica stata pattuita* (1).

2. *Conseguentemente il mutuante, ricevendo alla scadenza il pagamento in moneta cartacea, può pretendere l'aggio da determinarsi in base ai listini di borsa* (2).

In esame di tutti i cinque mezzi stati rinviati dalla Corte Suprema di Roma a questa Corte Suprema territoriale è facile dimostrarne la loro giuridica infondatezza.

E di vero nei mezzi II e IV e di passaggio in tutti gli altri, il ricorrente avv. Ratti sostiene che il tribunale di Milano doveva rigettare la domanda della Piola, perchè a suo dire immorale, contraria alle leggi proibitive del regno che riguardano le persone, i beni e l'ordine pubblico, costituente il reato contemplato dall'art. 441 c. p., che punisce chiunque rifiuta di ricevere per il loro valore monete aventi corso legale nello Stato; e perchè portante violazione del diritto esclusivo dello Stato di coniare moneta, e delle leggi che stabilirono il corso forzoso.

Ma è chiaro, senza che occorra una speciale dimostrazione, come nessuna immoralità, nè reato sia possibile di ravvisare nel fatto semplicissimo e perfettamente lecito di chi chiede ad altra persona verso di lui obbligata, che il pagamento di una somma ad essa mutuata venga eseguito nella stessa specie metallica stata pattuita; che poi neppure rifiuta di riceverla ed anzi la riceve, come avvenne nel caso concreto, anche in valuta cartacea, ma alla condizione espressa ed accettata dall'obbligato, di far giudicare dall'autorità giudiziaria competente, se a lui spetti il pagamento in quella specie, o in difetto la differenza di valore fra le due qualità di valuta al momento del pagamento.

Niuna legge infatti ebbe mai a proibire o a dichiarare contrarie all'ordine pubblico così fatte stipulazioni. Vero, che la legge 22 luglio 1894 negli all. *F* (R. D. 21 febbraio 1894) ed *I* del suo art. 11 ha temporaneamente sospeso l'obbligo dello Stato al cambio in valuta metallica dei biglietti a suo debito; ma non ha punto abrogato la legge 7 aprile 1881, che aboliva il corso forzoso, e non fu mai inteso, nè dal Governo che lo propose, come consta dalla relazione, nè dalla autorità giudiziaria, nel senso che dovesse portare alcun mutamento nelle discipline del diritto comune intorno alle libere pattuizioni della specie utile nei pagamenti, nè conseguentemente portare qualsiasi deroga alle contrattazioni private senza fare alcuna distinzione fra contrattazioni

(1-2) Cfr. Messa, *Mutuo* nella *Enciclop. giur.*, n. 193 colla dottrina ivi citata. Come rileva l'egregio A., l'opinione contraria si fondava sopra principî ormai tramontati. V. in questo senso due vecchie sentenze della Cass. di Napoli in *Filangieri*, 1878, 2, p. 23, 269.

commerciali e civili, come vorrebbe il ricorrente nel suo VI mezzo, cercando di dare alle parole *specie utili* un significato restrittivo che non hanno, e che toglierebbe loro qualsivoglia pratica applicazione.

Nei mezzi III, IV e V il ricorrente accusa l'impugnata sentenza del tribunale di Milano di avere, senza darne sufficiente motivazione, confuso le disposizioni del codice di commercio con quelle del codice civile in materia di mutuo, ammettendo una domanda di pagamento d'aggio sull'importo di un mutuo civile, e di avere, così facendo, e attribuendo valore di prova al listino di borsa, violato il disposto dell'art. 1831 c. c. e violate altresì le stipulazioni del contratto 6 aprile 1884, mettendo a carico del mutuatario l'obbligazione di corrispondere un aggio, che in quel contratto non era stato convenuto.

Senonchè basta la semplice lettura dell'impugnata sentenza per vedere come nessuna confusione nella medesima esista delle disposizioni del codice di commercio con quelle del codice civile.

D'altronde, nessuna disposizione di legge proibisce sotto pena di nullità, o con altra sanzione, di pattuire in contratti d'indole civile, quando non ne mutino l'essenza, condizioni solite ad apporsi ordinariamente in contratti commerciali. Ed è intuitivo come nulla vieti che i contraenti possano anche in un mutuo civile convenire che la restituzione della somma, pattuita in monete d'oro, sia fatta a piacimento del debitore o in tale valuta, oppure in altra, ma risarcendo il creditore dell'eventuale differenza. Nel caso attuale, al momento del pagamento 6 aprile 1884 sopra citato, la creditrice aveva diritto di pretendere che la somma da lei mutuata le fosse restituita in tanti pezzi d'oro da L. 20 cadauno; acconsentì poi a riceverli invece in biglietti di banca, ma a condizione di avere la differenza fra le due valute al corso di borsa della giornata; dal canto suo l'attuale ricorrente avvocato Ratti mentre ammetteva il suo obbligo di restituire la somma in pezzi d'oro da L. 20, pretendeva bensì che il maggior prezzo di questi al corso di borsa della giornata stesse a carico della Piola, ma convenne con questa di rimettere la decisione della relativa contesa al giudizio del magistrato. Ed i termini in cui venne sottoposta la decisione della questione al magistrato furono appunto quelli stabiliti nel patto III dell'istromento 2 dic. 1896, col quale le parti riconobbero di comune accordo che il pagamento dovesse farsi in monete d'oro da L. 20, e circoscrissero la contestazione nell'accertare a carico di quale di esse dovesse stare la differenza fra moneta d'oro e valuta cartacea al corso del mercato del giorno, e cioè giusta il bollettino ufficiale della borsa di Milano, dal quale soltanto il corso del mercato dovesse legalmente desumersi.

Dal che ne consegue che rettamente il pretore prima, e successivamente il tribunale di Milano interpretando sovranamente il patto del contratto per sè stesso chiarissimo, e che davvero non ammetteva altra interpretazione, accolsero la prova derivante dal suddetto bollettino ufficiale della borsa di Milano, che d'altronde le parti stesse avevano di pieno consenso e nel loro reciproco interesse scelto senza punto confondere le leggi commerciali colle civili, nè tanto meno violare alcuna delle disposizioni contenute nell'art. 1831 c. c.

Finalmente nel VI mezzo il ricorrente accusa la denunciata sentenza d'avere erroneamente interpretato ed applicato nella fattispecie le disposizioni degli art. 1821 e 1822 c. c. e mancato altresì all'obbligo della motivazione, coll'avere ritenuto che nel patto contrattuale di restituzione del mutuo fosse contenuta l'indicazione del numero preciso delle monete colle quali la restituzione si doveva fare. E ciò perchè, giusta quanto esso ricorrente sostiene, l'obbligo suo di restituire alla Piola le L. 20,000 in oro sarebbe stato indiscutibile, se la restituzione fosse stata convenuta farsi anzichè, come si legge nel succitato istromento, in tanti pezzi d'oro da L. 20, in mille pezzi d'oro da 20 lire.

Ma è ovvio l'osservare come una tale argomentazione del ricorrente, la quale pure s'infrange contro l'interpretazione incensurabile ed esattissima di una clausola del contratto, sia poco seria. Inquantochè è intuitivo come l'essersi nell'istromento detto che le 20,000 lire, corrispondenti come ognuno sa a mille volte 20 lire, si dovevano pagare in tanti pezzi d'oro da L. 20 caduno, è perfettamente equivalente a che si fosse detto, come vorrebbe il ricorrente, che le venti mila lire si dovessero restituire in mille pezze d'oro da L. 20 cadauno. La cosa è proprio identica, specie nel nostro Stato, in cui la moneta d'oro da L. 20 è unica, essendosi sempre, per necessità delle cose, universalmente riconosciuto come l'indicare la quantità minore o specie che deve rappresentare ciascuna unità della quantità maggiore, corrisponda all'indicare il numero delle singole quantità minori, le quali sommate insieme costituiscano la quantità maggiore.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 14 maggio 1901 — *Pres.* Mussita — *Est.* Liuzzi — *P. M.* Gargiulo = Grassi c. Comune di Rodano.

Il Comune che ha diritto di servirsi delle campane della chiesa parochiale per usi profani, può agire in reintegrazione contro il paroco che tal uso gli abbia impedito (1).

Il I mezzo di annullamento contro la denunziata sentenza è desunto dal fatto, come sostiene il ricorrente, che dessa avrebbe omesso di motivare su due eccezioni pregiudiziali proposte al giudice di primo grado, e da lui respinte, sulla inammissibilità e improcedibilità dell'azione del Comune, il quale, con tale azione, avrebbe mirato al possesso di passare in casa Grassi per suonare le campane che sono *res sacrae extra commercium*, e quindi all'ammissione dell'azione possessoria di reintegra in una servitù discontinua in mancanza di titolo.

Tale censura è destituita di fondamento.

La denunziata sentenza dopo di avere ammesso in linea di fatto, che il Comune di Rodano da molti anni esercitava il diritto di uso della campana della parochia per i servizi pubblici comunali, e dopo di avere pure ammesso, basandosi sulle risultanze della causa, che lo stesso Comune ne era stato privato per il fatto di quel paroco che aveva apposta alla porta del campanile una serratura diversa da quella ordinaria, onde impedirvi l'accesso ai comunisti di Rodano, conchiudeva trattarsi nel fatto predetto di spoglio clandestino di possesso di diritto d'uso a mente dell'art. 695 c. c.

Che in tale modo si sia implicitamente risposto dalla denunziata sentenza alle proposte questioni d'improcedibilità ed inammissibilità, è cosa di intuitiva evidenza.

Infatti, la detta sentenza con l'aver ritenuto l'azione di reintegrazione in possesso nel caso presente, è venuta implicitamente a confutare le dedotte eccezioni di improcedibilità e di inammissibilità, come quelle che riferendosi ad una possibile molestia di possesso, non avrebbero potuto dedursi in un giudizio tutto eccezionale, quale è quello di cui si trattava, cioè di spoglio, in cui stante l'urgenza *spoliatus ante omnia erat restituendus:* molto più che il dispositivo della detta sentenza, col rigettare ogni contraria istanza ed eccezione, era venuto a riconfermare l'inammissibilità dell'azione già discussa contemporaneamente al merito. E ciò è tanto rimarchevole che lo stesso ricorrente con il II mezzo di censura gravandosi contro la sentenza che ritenne l'ammissibilità dell'azione, riconosce che il tribunale ebbe ad occuparsi delle dedotte eccezioni di improcedibilità ed improponibilità.

Si sostiene con il II mezzo che le campane formando parte integrante del campanile (non potendosi concepire un campanile senza campane), ed il campanile essendo parte integrante della chiesa parochiale, così, per analogia coll'art. 414 c. c., essendo le campane poste in nicchie apposite per starvi collocate stabilmente, devono riputarsi immobili per destinazione. E siccome inoltre la chiesa ed il campanile sono *res extra commercium*, così pure sono incommerciabili le campane, perchè anche *res sacrae*. Quindi inammissibilità dell'azione.

Anche tale II mezzo non ha fondamento giuridico. A parte la considerazione che le campane, contenute nel campanile, non possono dirsi immobili per destinazione, ma immobili per loro natura, formando col campanile parte integrante della chiesa, e a parte l'indagine se le campane siano da annoverarsi tra le cose semplicemente *benedictae* oppure *sacrae*, qui è da riflettere come il diritto di godimento o di uso di esse a favore di un Municipio o di un Comune per ragione di civici servizi, sia stato riconosciuto sempre. Nè può essere diversamente; giacchè se servono ad avvisare i fedeli per l'adempimento delle pie pratiche riflettenti il culto, servono pure ad avvisare i cittadini, in talune circostanze, per il disimpegno dei propri doveri civici, e di quelli imposti dalla legge. E poichè qui è in campo non il diritto di possedere le campane, ma quello di godere dell'uso di esse per taluni servizi del Comune di Rodano, siccome questo del possesso di tale diritto è stato clandestinamente spogliato, come ritiene la denunziata sentenza, siccome inoltre lo spoglio di possesso può cadere tanto sulle cose materiali che sul godimento di un diritto, così la ordinata reintegrazione nel godimento del prefato diritto a favore di quel Comune si presenta consentanea alla ragione ed alla legge.

L'avere affermato il tribunale che l'uso delle campane, per tanti anni pacificamente osservato, non può costituire in chi lo esercita che un vero diritto, se non manutenibile, per certo reintegrabile, costituisce il III mezzo di censura per parte del ricorrente don Grassi, sia per la mancata motivazione di tale affermazione, come per la erroneità del principio di diritto con essa proclamato.

Quest'altra censura cade anch'essa nel nulla per le considerazioni anteriormente

---

(1) Cfr. stessa Corte, 5 giugno 1899 in *Riv. di dir. eccl.*. 1900, 43. A. Torino, 26 agosto 1898, in *Giur. tor.*, 1899, 31. Belotti, *Campana*, nella *Enciclopedia giur.*, n. 20. — Riguardo alla competenza giudiziaria per consimili questioni, v. anche IV Sezione 11 luglio 1894, in *Filangieri*, 1894, 2, 314.

svolte sullo spoglio di possesso del diritto di godimento d'uso di quelle campane, e per l'apprezzamento generale dei fatti, che il tribunale fece per venire alla persuasione giuridica sulla esistenza di un'azione di reintegrazione in tutta la sua essenza nel caso concreto.

Il IV mezzo di censura si riferisce al fatto di non avere, ad avviso del ricorrente, il tribunale motivato il gravame relativamente al giudicato del Pretore, il quale aveva ritenuto quale atto di cortesia la domanda fatta dal Sindaco ad esso ricorrente per l'accesso al campanile, e per avere pure, contrariamente all'art. 695 c. c., ritenuto per possesso relativamente allo spoglio, non quello attuale, ma quello di parecchi anni addietro. Ma non ha maggiore attendibilità degli altri tale IV mezzo. Trattandosi, giova ripeterlo, di spoglio di possesso, e quindi di reintegrazione nel medesimo, il tribunale col badare soltanto al fatto presentaneo in cui quello spoglio avveniva, motivava già implicitamente la circostanza relativa al permesso o meno che anteriormente avrebbe dato il paroco al Comune per l'accesso al campanile, e quell' altra dedotta nell' ultima parte del ricorso, in ordine all'attualità o meno allo spoglio del possesso.

Con l'ultimo mezzo si censura il tribunale di avere cumulato il giudizio possessorio con quello petitorio. Ma l'assurdità di tale censura è subito rilevata quando si rifletta che il giudizio possessorio non può mai pregiudicare quello petitorio, e che nel caso in esame, se il tribunale ebbe a parlare, ma incidentalmente, del buon diritto del Comune di Rodano, ciò fece unicamente nei rapporti dell'azione proposta, ciò che non è dalla legge vietato. Quindi il giudicato del tribunale non può menomamente impedire al ricorrente Grassi di far valere i suoi diritti in petitorio.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

NAPOLI, 27 aprile 1901 — *Pres.* Salvati — *Est.* Petruccelli = Comune di Monteleone c. Banca d'Italia.

Non può il debitore di un fallimento opporre in compensazione un suo credito verso il medesimo (1).

Circa la questione cui si riferisce il secondo mezzo pel ricorso e che è assorbente e pregiudiziale della causa in esame, cioè se il debitore di una fallita abbia il diritto di eccepire ed ottenere la compensazione del suo debito con un credito che egli vanti contro la stessa fallita, è mestieri ricordare i princìpi regolatori della materia di cui trattasi. La compensazione *vicem solutionis obtinet* è un modo di estinzione dell'obbligazione (art. 1236 c. c.); si verifica quando due sono debitori l'uno verso l'altro e si opera di diritto in virtù della legge, anche senza saputa dei debitori al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti, che reciprocamente si estinguono per le quantità corrispondenti (art. 1286 c. cit.). Imperocchè colui che opponga la compensazione, deve non solo trovarsi già creditore effettivo dell'altro, ma eziandio aver diritto di esigere il suo credito, e contemporaneamente aver l'obbligo di pagare all'altro il credito di costui, e quindi i rispettivi crediti e debiti debbono essere in pari tempo liquidi ed esigibili (art. 1287 detto cod.). Ora pel vigente codice di commercio sono statuite le seguenti norme relative al fallimento negli art. 699, 707, 709, 713, 748, 753, 761 a 766, 793, 809, 810 e 814. Dal giorno della dichiarazione del fallimento nessun'azione, nè atto esecutivo può promuoversi contro il fallito se non contro il curatore del fallimento che ha l'amministrazione di tutti i beni del fallito, per conservarli, liquidarli e ripartirli fra tutti i creditori. Tutti gli atti e le operazioni del fallito e tutti i pagamenti da lui eseguiti dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, sono nulli di pieno diritto. Si presumono fatti in frode dei creditori, ed in mancanza della prova contraria sono annullati rispetto alla massa dei creditori qualora siano avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, anche i pagamenti e le alienazioni a titolo oneroso, quando il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora dichiarato fallito, e perfino i pagamenti dei debiti scaduti ed esigibili ove non siano stati eseguiti con danaro o con effetti di commercio. Il curatore deve esigere i crediti del fallito, ed ha pure l'obbligo di depositare giudizialmente il denaro proveniente dalla riscossione dei crediti, salvo la deduzione delle spese di giustizia e di amministrazione. I creditori del fallito debbono presentare la dichiarazione dei loro crediti, ed i titoli dai quali derivano, nella cancelleria del tribunale, entro il termine fissato dalla sentenza dichiarativa di fallimento. I crediti sono verificati dal giudice delegato mediante confronto dei titoli presentati coi libri e con le carte del fallito, e vengono ammessi dal medesimo giudice al passivo del fallimento quando li

(1) Cfr. Cass. Firenze, 16 marzo 1886, in *Filangieri*, 1886, 2, 290. Per un'ampia trattazione dell'argomento v. Sacerdoti, *Fallimento*, nella *Enciclopedia giuridica*, pag. 179, n. 94, il quale giunge alla stessa conclusione.

reputi giustificati e non vi sia contestazione: in caso contrario, è d'uopo giudicare sulle contestazioni in contraddittorio delle parti, sia dal detto giudice delegato, sia dal tribunale, secondo la rispettiva competenza per valore. Le somme di danaro appartenenti al fallimento, dedotte le spese di giustizia e di amministrazione, debbono servire innanzi tutto al pagamento dei creditori con pegno od altro privilegio, ed il rimanente dev'essere ripartito fra tutti i creditori in proporzione dei loro crediti verificati, mediante uno stato di ripartizione da formarsi dal curatore e da rendersi esecutivo con ordinanza del giudice delegato. Quei creditori che non abbiano dichiarato i loro crediti, ovvero li abbiano tardivamente dichiarati, non possono reclamare contro le ripartizioni dell'attivo già fatte, nè opporsi a quelle già ordinate dal giudice delegato, potendo soltanto concorrere nelle ripartizioni successive alla tardiva dichiarazione e sempre in proporzione del loro credito. Infine, chiudendosi il fallimento con un concordato, proposto, accettato ed omologato nel modo prescritto dalla legge, tale concordato è obbligatorio per tutti i creditori, siano o non siano verificati i loro crediti, i quali creditori per qualsivoglia somma definitivamente ammessa e liquidata a loro favore non hanno diritto a pretendere che la sola percentuale fissata col concordato.

Dal confronto delle cennate disposizioni riguardanti il fallimento con quelle relative alla compensazione di cui è parola nel codice civile, emerge chiaro che dal giorno della dichiarazione del fallimento il patrimonio del fallito non è più di sua libera disponibilità, ma appartiene alla massa dei creditori, fra i quali lo si deve in contributo ripartire in proporzione dei loro crediti verificati, salve le ragioni di privilegio od ipoteca legalmente costituite prima dello stato di fallimento. Onde, avvenuta la dichiarazione di fallimento, se alcuno si trovi contemporaneamente creditore e debitore del fallito, senza però le condizioni richieste dalla legge per dirsi già verificata la compensazione, non la si può invocare, perocchè allo stesso modo come sarebbe nullo di pieno diritto il pagamento che ne eseguisse il fallito dopo dichiarato il fallimento, nulla e di niun effetto deve ritenersi la compensazione la quale *vicem solutionis obtinet*. Si aggiunge che vi è la presunzione di frode, ed in mancanza di prova contraria è annullata rispetto alla massa dei creditori, se la compensazione sia stata consentita dal fallito dopo la data della cessazione dei pagamenti e non siasi verificata *ope legis* anteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, e ciò quando il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante. In tali casi, ove si ammettesse la compensazione, il debitore del fallimento, che riveste ad un tempo qualità di creditore, verrebbe a sottrarsi alla legge di eguaglianza che impera nel regime del fallimento, contro le espresse disposizioni di legge.

Invece, come testè si è accennato, se le condizioni che per legge producono la compensazione si fossero già verificate prima della dichiarazione del fallimento, comunque dopo la data della cessazione dei pagamenti, allorchè il terzo provato avesse di non aver avuto scienza dello stato di cessazione dei pagamenti, utilmente s'invocherebbe la compensazione, ed avrebbe essa quindi tutti i suoi effetti, perocchè in quel momento non sarebbero più esistenti i debiti ed i crediti rispettivi, e si troverebbe già operata la loro vicendevole estinzione. Il giudizio su questo stato di cose non è che di mero fatto, devoluto al magistrato di merito, e sfugge alla censura del Supremo Collegio; e però avendo nelle specie la Corte d'appello ritenuto che nel momento in cui fu dichiarato il fallimento della Società, non era certo nè liquido il credito del Comune verso la Società stessa, e che tale divenne posteriormente alla detta epoca, la denunziata sentenza ha risolto una questione di fatto che è incensurabile in Cassazione.

Escluso così di essersi estinto il debito del Comune per compensazione col preteso suo credito prima della sentenza dichiarativa del fallimento della Società, il Comune stesso aveva l'obbligo di pagare integralmente il suo debito alla massa del fallimento rappresentata dal curatore, e doveva insinuare il suo credito in sede di verifica per poter concorrere in proporzione di esso nei successivi riparti dell'attivo del fallimento o in un eventuale concordato.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

TORINO, 10 maggio 1901 — *Pres.* Pinelli — *Est.* Massazza — *P. M.* Gargiulo = Garrone c. Viglio.

Non è disposizione fidecommissaria quella fatta in favore di una persona sempre che arrivi all'età necessaria per poter testare *e chiamando, in difetto, altri a fruirne* (1).

Si censura la sentenza per essersi nella medesima ritenuto non si trattasse nella specie di sostituzione fedecommissaria, nè si versasse in tema di sostituzione pupillare,

(1) Sul carattere delle disposizioni fedecommissarie, v., da ultimo, A. Milano, 31 gennaio 1899, in *Filangieri*, 1900, 455, col richiamo.

mentre nella disposizione di che trattasi vi era appunto la vocazione di due persone per ordine successivo nella medesima cosa in uno coll'obbligo nel primo chiamato di conservare per restituire al secondo; e la Maria Viglio d'altronde non aveva che esplicata quella facoltà, ora più non concessa, di disporre pel discendente minore, quando questi non avesse per anco raggiunta l'età prescritta a poter testare.

Devesi al riguardo premettere che la Corte d'appello ebbe ad affermare come il legato disposto dalla Maria Viglio a favore della figlia fosse manifestamente sottoposto a condizione sospensiva, autorizzata dall'art. 848 c. c.: e si dovesse perciò intendere sospeso il passaggio della proprietà a favore di essa figlia fino al verificarsi della condizione medesima; ossia fino a che non avesse compiuta l'età d'anni 18, come non si trattasse quindi, nella specie, nè di sostituzione fedecommissaria, nè di sostituzione pupillare, non essendosi dalla Maria Viglio disposto a nome ed a vece della infantile sua figlia, ma soltanto secondo la propria volontà.

Ora, pure ammesso che tale giudizio della Corte di merito non si risolva in un mero apprezzamento incensurabile in questa sede, come si vorrebbe dal controricorrente, dacchè si contesterebbe non sui termini del testamento, ma sulla legale definizione della disposizione in esso contenuta, il che implicherebbe pure l'esame di tesi di diritto, ossia l'esame sul concorso o meno nella specie degli elementi giuridici di una sostituzione fedecommissaria, ed ammesso quindi si possa portare esame su quella pronuncia, non potrebbesi certo disconoscere siasi da essa Corte rettamente deciso. E di vero la Maria Viglio legò a sua figlia Garrone la porzione disponibile non puramente e semplicemente, ma « sempre quando avesse raggiunta l'età stabilita per poter testare, » ossia l'età di anni 18; trattavasi dunque di una disposizione condizionale, ossia la Garrone non sarebbe stata erede o legataria se non al verificarsi di quella condizione; per il che, mancata la condizione medesima e non potendosi quindi ritenere che essa Garrone abbia acquisita la qualità di erede o legataria, le altre chiamate Teresa, Marianna e Catterina Viglio avrebbero conseguita l'eredità direttamente dalla testatrice.

Non eranvi perciò due ordini di disposizioni, per cui l'erede od il legatario in primo ordine fosse obbligato a conservare e restituire a colui che gli era sostituito, vi erano in altri termini due liberalità che dovevano verificarsi l'una in difetto dell'altra e non già l'una dopo l'altra.

Era conseguentemente escluso ogni concetto di sostituzione fedecommissaria, come pure di sostituzione pupillare, dacchè, come fu sovra esposto, le attuali ricorrenti, in un alla Teresa Viglio, avrebbero conseguita la liberalità direttamente dalla loro sorella testatrice e non dalla nipote. È dunque infondato il II mezzo.

—

ROMA, 9 aprile 1901 — *Pres.* Caselli — *Est.* Rocco-Lauria — *P. M.* Carlucci = Persia c. Garroni.

La facoltà concessa ai procuratori a sensi dell'art. 373 c. p. c., di domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata a loro favore, non comprende i loro diritti nè gli onorari dell'avvocato (1).

Per l'art. 370 c. p. c. la parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio.

Nella parola *spese*, adoperata in tale articolo, non si può non comprendere così i diritti di cancelleria, le indennità ai testimoni, ai periti e simili, di cui si fa motto negli

---

(1) In senso contrario Cass. Firenze, 21 aprile 1887, Cambi c. Montgomerie-Heilson (*Legge*, 1887, 1, 803): Cass. Roma, 16 maggio 1877, Pericoli c. Giunta liq. dell'Asse eccl. (*Ib.*, 1877, 1, 571); A. Perugia, 30 novembre 1893, Muti Busi c. Hepeisen e Giulietti (*Ib.*, 1894, 1, 283). Quest'ultima sentenza ha osservato che in tutta la sezione in cui è collocato l'art. 373 parlandosi di spese si comprendono anche gli onorari. L'inciso *per quella parte che dichiareranno avere anticipata* fu aggiunto non per accentuare il concetto che per la distrazione occorra che il patrocinatore abbia sborsato materialmente del denaro per il cliente, ma per eliminare una incongruenza del codice francese (dal quale la disposizione è stata tolta), in cui è disposto che il procuratore non possa ottenere la distrazione delle spese in suo favore se non quando ne abbia anticipata la maggior parte. Per di più, se la disposizione dell'art. 373 è diretta ad assicurare l'attribuzione del credito a chi ha fornito il corrispettivo che lo ha fatto nascere, non si può distinguere fra spese ed onorari perchè per il professionista la prestazione d'opera equivale a denaro ed il sostenere una difesa senza un deposito anticipato che ne assicuri il compenso equivale ad un prestito di denaro. A ciò si devono aggiungere considerazioni d'equità. Infatti se coll'art. 373 si è voluto impedire che venga sottratto e convertito in vantaggio della parte litigante quello che spetta al difensore che generosamente non ha richiesto anticipazioni, e si è voluto favorire il legittimo zelo dei patrocinanti che accettano l'incarico di difendere fondando specialmente sulla riuscita della causa la speranza di ricuperare le fatte anticipazioni, questa ragione milita tanto per le spese borsuali come per gli onorari. Ristretta alle semplici anticipazioni borsuali, la distrazione sarebbe un vantaggio illusorio e non raggiungerebbe lo scopo che il legislatore si è prefisso.

art. 378-379 a 412 della tariffa civile, come gli onorari di procuratore e di avvocato. Essendosi assunto nel ripetuto articolo a criterio della responsabilità delle spese giudiziali il soccombimento, torna ragionevole che questo regoli eziandio gli onorari cennati; in opposto, non si saprebbe dove rinvenire disposizione che provvedesse sul modo di regolare fra collitiganti il pagamento degli onorari di procuratore e di avvocato al termine del giudizio. Una conferma del principio accettato si ravvisa di leggeri nell'articolo 224 della tariffa civile, nel quale è scritto che gli onorari degli avvocati ripetibili dalla parte condannata nelle spese sono determinati dall'autorità giudiziaria, ammettendo come norma prestabilita che la condanna nelle spese in caso di soccombimento includa gli onorari di avvocato e quindi quelli di procuratore.

Nondimeno la parola *spese* non ha lo stesso ampio significato nel seguente art. 373, con cui i procuratori sono facoltati a chiedere la condanna alle spese a loro vantaggio per la parte che dichiarano di aver anticipato. Di vero, il procuratore non può giuridicamente anticipare l'onorario dell'avvocato, imperocchè tali onorari si tassano previo parere del Consiglio dell'Ordine.

Rispetto agli onorari di procuratore non è possibile che costui li anticipi a sè medesimo.

Le spese di cancelleria e simili sono tassate nella tariffa civile e per esse, in conseguenza della anticipazione, non si avverano inconvenienti.

P. q. m., cassa, ecc.

—

TORINO, 23 marzo 1901 — *Pres.* Marangoni — *Est.* Liuzzi — *P. M.* Piroli = Bozzoni c. Rigat.

Un telegramma non è mezzo sufficiente per provare la compravendita di un immobile fatta a scopo commerciale (1).

In merito osserva questa Suprema Corte che la risoluzione del primo mezzo del ricorso, dipendendo da quella del secondo mezzo, è conveniente in primo luogo occuparsi di questo.

Posto ciò, osserva questa Suprema Corte come fondata apparisca la censura mossa alla denunciata sentenza per avere questa ritenuto che fra i modi di provare l'acquisto dei beni immobili a scopo commerciale possano, a senso dell'art. 44 c. comm., annoverarsi anche i telegrammi.

Ora vero è che a senso dell'art. 44 le obbligazioni commerciali e le liberazioni possono provarsi anche con telegrammi, ma è vero però che ciò non deve intendersi in modo assoluto, indistintamente per tutte le obbligazioni anzidette, e quindi anche per le obbligazioni riflettenti le compere e le vendite dei beni immobili, imperocchè per queste è sempre presente l'eccezione contenuta nell'ultimo alinea dello stesso art. 44, il quale dice che per le dette compre e vendite di beni immobili rimane ferma la disposizione dell'art. 1314 c. c.

Che tale eccezione concerna le compre e le vendite di beni immobili a scopo commerciale è cosa di cui non si può muovere dubbio, non solo perchè essa per essere collocata nel medesimo articolo in cui si parla di obbligazioni commerciali deve intendersi al medesimo strettamente e direttamente ricollegata, ma anche per la logicità stessa della legge, la quale, assimilando un telegramma non avente garanzia alcuna di firma ad una scrittura privata in un affare tanto grave, quale è quello di una compra e vendita di beni immobili, lo verrebbe essa a porre, relativamente alla prova, alla pari di tale scrittura, e quindi essa stessa verrebbe a contraddirsi, in quanto che non verrebbe a preoccuparsi più di quella garanzia di verità onde essa vuole circondare, mediante scrittura autografa ed autentica, una compra e vendita di beni immobili, non nel solo interesse del commercio, ma di quello generale della società. Se non fosse così, l'eccezione superiormente ricordata dell'art. 44 dovrebbe considerarsi lettera morta, giacchè se essa non dovesse applicarsi a quell'articolo a cui è incardinata ed ai casi in esso contemplati, a quale altro articolo o caso del codice di commercio si dovrebbe razionalmente e praticamente applicare? E quando si consideri che sarebbe assurdo, perchè senza scopo, il ritenere un richiamo nel codice di commercio fatto puramente e semplicemente, cioè a titolo di mero ricordo, o in modo di ripetizione di una disposizione del codice civile, il concetto di cui sopra diventa evidentissimo, molto più che, codificato non senza gravi obbiezioni, anzi non senza apprensione sociale, il principio della commercialità dei beni immobili coll'art. 3 n. 3 c. comm., la garanzia sulla prova della loro alienazione doveva logicamente essere ben diversa da quella delle altre obbligazioni commerciali in genere, appunto per

(1) Sulla prova per telegrammi, v. in questo *Filangieri* le monografie del MANCINI, *Della prova per telegramma* (1881, 1, 129) e del GRANATA, *Il telegrafo nel diritto* (1895, 912). Riguardo alla tesi specifica, in senso conforme alla sentenza, VIVANTE, *Il telegramma nel diritto italiano*, in *Mon. Trib.*, 1898, 302.

non rendere maggiori quelle obiezioni o quell'allarme.

P. q. m., cassa la sentenza e rinvia.

—

PALERMO, 31 dicembre 1900 — *Pres.* Majelli — *Est.* Adragna = Marturano c. Mistretta.

Non è tenuta alla restituzione del prezzo nè ai danni, ma solo, ove occorra, alle conseguenze dell'utile versione, la moglie che aliena un immobile dotale tacendone al compratore questa qualità (1).

Non vi ha dubbio che l'atto fatto dalla signora Bisogni, per il quale vendeva un cespite dotale senza l'autorizzazione del magistrato, era un atto non valido, e che fu dichiarato infatti nullo dal magistrato: ma la quistione si fa per sapere se a base dell'art. 1407 c. c. la moglie che tace d'essere dotale il fondo che vende sia per ciò solo responsabile verso il compratore ed obbligata a restituire il prezzo.

Ma la risposta non può essere che negativa, perchè l'art. 1407 pur contemplando il caso della vendita del fondo dotale ha obbligato il solo marito ai danni verso il compratore, onde la disposizione dell'articolo sopraccennato non può estendersi alla moglie, perchè essendo per legge inalienabile il fondo dotale, e permettendone la revocazione anco alla moglie, la legge non le ha imposto nè la restituzione del prezzo e nemmeno l'obbligo dei danni. Egli è vero che la legge all'art. 1486 prescrive che il compratore che abbia sofferto l'evizione ha diritto di chiedere al venditore la restituzione del prezzo, quella dei frutti, se obbligato a restituirli al proprietario rivendicante, ed infine le relative spese.

Ma ciò il legislatore volle prescrivere per tutti i casi in genere, ma giammai nel caso di vendita del fondo dotale per cui dettò norme speciali e restrittive per il principio di salvaguardare in modo assoluto la dote nell'interesse della famiglia e della società, e rendere più che oculati i compratori di dote a rilevare ed esaminare la legittima provenienza di ciò che acquistano per non vedersi costretti a perdere più tardi e la cosa ed il prezzo, senza potere, come nella specie, aver diritto ai danni contro un marito assente per condanna e che nell'atto di vendita non intervenne. Ma vi ha di più.

Se fosse vero il principio posto innanzi dal ricorrente, cioè della garanzia che si dovrebbe dalla moglie, allora non avrebbe senso l'art. 1407 c. c., perchè sarebbe tale una stridente contraddizione, che urterebbe colla logica e con ogni senso giuridico.

Non può il Supremo Collegio nemmeno far plauso al ricorrente nella sua domanda di applicarsi nella specie il disposto dell'articolo 1307 c. c. Posto che fosse applicabile quell'articolo esso va basato sopra una condizione, quella cioè che venga provato che quanto fu pagato venne rivolto in vantaggio di chi chiede la nullità dell'obbligazione.

Il magistrato del merito codesta prova non vide col fatto fornita; basterebbe tale incensurabile apprezzamento per eliminare l'applicazione dell'art. 1307 c. c.

Il ricorrente replica che non faceva bisogno di alcuna prova, poichè quando la Bisogni si prese il denaro, come assevera il contratto, la prova era *in re ipsa*.

Questo assunto non si comprende: 1.° perchè è una petizione di principio, in quanto ritiene risoluta la questione che la donna maritata che aliena il fondo dotale, per ciò stesso è obbligata a restituire il prezzo in conseguenza dell'ammissione della revocatoria; ma è appunto ciò che prima bisogna risolvere e nel caso in ispecie è stato già risoluto precedentemente in senso contrario; 2.° perchè anche come conseguenza della precedente valutazione, il solo fatto della recezione del denaro non basta e non può bastare per essere ammessa l'utile versione; perchè questa è un *quid facti* che bisogna sia positivamente e materialmente dimostrato, nel senso cioè che si trovi nel patrimonio della dotata l'equivalente del prezzo ricevuto, ciò che a mente di legge, e secondo l'art. 1307, viene a costituire quel vantaggio a cui il prezzo sia stato rivolto; ed è appunto questa prova specifica che il magistrato di merito non trovò nella specie.

P. q. m., rigetta, ecc.

—

FIRENZE, 28 febbraio 1901 — *Pres.* Cesarini — *Est.* Morelli = Siva c. Ditta Wassas & Demuth e Ponticelli.

Una Società ferroviaria è responsabile dell'incendio causato dalle scintille sfuggite alle locomotive, salvo la prova che dette scintille siano sfuggite nonostante le precauzioni prese per evitare il pericolo (1).

(1) Decisione correttissima e conforme alla più recente giurisprudenza. Si veggano da ultimo le sentenze 8 marzo 1892 (Alongi *utrinque*) della stessa Corte di Palermo (*Legge*, 1892, 2, 629) e 12 dicembre 1895 (Squadrilli c. Treno) della Cass. di Napoli (*Ib.*, 1896, 1, 432), la quale ultima ha ammesso unicamente nel compratore di buona fede il diritto di ritenzione per le migliorie.

(1) Cfr. stessa Corte 27 novembre 1899, in *Mon. Trib.*, 1900, 165.

Nel merito e quanto al I mezzo del ricorso: questa Suprema Corte, colla sentenza 27 novembre 1899, affermò già il principio di ragione che nessuno ha il diritto di immettere il fuoco nell'altrui fondo, e che indubbiamente un tal fatto, ove ne sia avvenuto un danno, porta insita la presunzione della colpa per parte dell'autore di esso, al quale incombe perciò di dimostrare il contrario, e cioè che il fatto dannoso è stato da lui commesso *absque culpa*, quale che sia la ragione ond'egli deduca l'assenza della colpa, come ad es., l'adempimento di un dovere, la forza maggiore, ovvero che l'evento derivò da caso fortuito, e il tribunale di Grosseto, seguendo appunto cotesti criteri, dopo riassunti e criticati con estesa motivazione i risultamenti tutti delle prove, sia documentali che testimoniali, concluse poi, con sovrano giudizio di fatto incensurabile in questa sede, essere dimostrato che l'incendio fu cagionato dalle scintille di fuoco uscite dalla macchina del treno, esclusa qualunque altra causa di persone e di cose, onde la responsabilità e l'obbligo civile del risarcimento dei danni che ne erano derivati; poichè, non solo la Società non era riuscita a distruggere quella presunzione di colpa emergente a di lei carico dal fatto della immissione del fuoco nel fondo degli attori, ma era rimasto invece accertato non avere essa usato la diligenza e le precauzioni necessarie a prevenire e ad impedire il fatto medesimo, non bastando gli ordini diramati nel 1897, ed anche nel 1898 perchè tutte le macchine fossero munite di parascintille, quando non era provato, e l'evento aveva anzi escluso, che ne fosse munita la macchina che il 23 agosto di quest'ultimo anno trasportava il treno acqua, e in ogni modo che il parascintille fosse in tale condizione da servire allo scopo: aveva ammesso la Società che per questo servizio adoperava del materiale scadente, riserbando il migliore per i servizi più importanti, credendo, come crede ancora, di potersi scusare col dire che tuttavia non può essere in colpa, perchè tutto il materiale, tale quale esso è, lo ricevette dallo Stato col solo obbligo di mantenerlo, non di migliorarlo a proprie spese e tanto meno di rinnovarlo quand'anche per l'uso fosse divenuto inservibile; ma anche di questa scusa, che non è seria, il tribunale senza punto contraddirsi fece giusta ragione; ed invero, avendo la Società accettato quel materiale scadente, oltre che nel servirsene doveva usare diligenza e precauzioni maggiori, si espose a quei medesimi rischi che avrebbe corso lo Stato esercitando direttamente e per conto proprio, di dovere cioè indennizzare chiunque fosse rimasto pregiudicato dall'uso appunto di un materiale imperfetto e pericoloso, come dovrebbe rispondere di qualunque altro danno che derivasse da mala costruzione delle strade, che pure le furono consegnate nello stato in cui si trovavano, e delle colpe degli impiegati che dovette assumere al proprio servizio: del resto nulla hanno che fare colla causa e la legge del 1885 sulle convenzioni ferroviarie e il relativo regolamento; e quali che siano i rapporti contrattuali esistenti tra lo Stato concedente e la Società concessionaria dell'esercizio delle ferrovie, poichè qualunque concessione deve intendersi fatta salvi i diritti e senza danno di terzi, quando avvenga che questi diritti siano lesi e che si verifichi un danno, dovrà sempre ed in ogni caso farsi luogo al risarcimento: il I motivo del ricorso non è adunque fondato.

Non sussiste il vizio di mancata motivazione che si rimprovera alla sentenza col II motivo; poichè la questione inutile in sè stessa, se tutte le macchine producano scintille, o se ve ne siano di così perfette che non ne producano, non era di tale natura da poter essere risoluta dal tribunale cui bastava allo scopo della causa di poter dire, come disse e dimostrò, che la Società non era riuscita ad escludere la presunzione della propria colpa, e che anzi questa colpa era rimasta indubbiamente accertata; e quando pure fosse vero che da tutte le macchine escono scintille e che non vi è mezzo alcuno per ripararvi, se per tali scintille succedano degli incendi, non potrà mai dirsi che codesti incendi siano effetto del caso, derivando invece dal fatto dell'esercizio e degli esercenti le ferrovie; e se i proprietari limitrofi dovessero subirne i danni senza compenso, non sarebbe più vero che nessuno ha il diritto di immettere il fuoco nell'altrui fondo, che la proprietà è sacra ed inviolabile e che nessuno è obbligato a cederla o a soffrirne diminuzione se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata e premesso sempre il pagamento di una giusta indennità; non può poi parlarsi di omessa pronunzia per non essere state ammesse le ultime prove che la Società erasi offerta di fare coll'intervento del Governo all'oggetto di stabilire che le macchine, in quanto ai focolai, si trovavano durante tutto il mese di agosto del 1898 in regola, giusta il disposto dell'art. 32 delle istruzioni ministeriali 12 aprile 1878, poichè il tribunale le respinse colla formula generica e comprensiva premessa al dispositivo della sentenza dopo avere dimostrato nei motivi che erano inutili e inconcludenti.

P. q. m., rigetta, ecc.

---

b) — CORTI D'APPELLO.

MILANO, 12 luglio 1901 — *Pres.* Onnis — *Est.* Piloni = Marzoli c. De Carlini.

1. *Le farmacie esistenti in Lombardia anteriormente alla normale austriaca 10 ottobre 1835 devono ritenersi assistite da privilegio a sensi dell'art. 68 della legge 22 dicembre 1888* (1).

2. *È incompetente l'autorità giudiziaria a conoscere se a termini di detta normale la farmacia che fa valere il privilegio si trovi in un raggio di abitato la cui popolazione ecceda i cinquemila abitanti* (2).

3. *Per ammettere l'* interesse *d'una farmacia privilegiata a pretendere la chiusura di altra ritenuta aperta abusivamente, non occorre che questa si trovi, per la sua ubicazione, in condizione da poter esercitare una concorrenza temibile.*

Con citazione sommaria 7 febbraio 1901 il signor Emilio Marzoli, farmacista, evocava avanti il locale tribunale il signor De Carlini G. Battista altro farmacista, e premesso che questi nel gennaio 1901 aveva aperto in questa città, corso Lodi n. 3 *bis*, una farmacia di libero esercizio come da dichiarazione dell'autorità amministrativa a sensi e per gli effetti dell'art. 26 legge sanitaria; che l'apertura di tale farmacia è illegittima e lesiva del diritto di esso attore Marzoli proprietario della farmacia in corso S. Gottardo n. 1, di antico diritto e privilegiata in forza delle normali austriache, perciò chiedeva giudicarsi « doversi chiudere immediatamente la detta farmacia sul corso Lodi n. 3 *bis* del De Carlini, colla rimozione dell'insegna e quanto altro, nè potersi più riaprire; condannarsi il convenuto ai danni e spese ».

Il convenuto De Carlini si opponeva alle domande sostenendo che stante la lontananza della sua farmacia da quella dell'attore e la esistenza di altre farmacie intermedie il Marzoli non poteva risentire danno dalla nuova farmacia, e quindi non aveva azione, che l'art. 26 legge sanitaria sanciva il principio della libertà dell'esercizio farmaceutico, e questo principio non poteva essere pregiudicato dall'art. 68 legge stessa; che finalmente le farmacie di vecchio diritto del Lombardo-Veneto non potevano ritenersi privilegiate.

Conchiuse quindi il convenuto di essere assolto dalla domanda, e proponeva in via subordinata due capitoli testimoniali diretti a stabilire che tra le due farmacie vi ha la distanza di due chilometri e vi intercedono ben quattro altre farmacie che indicava; che l'attore promosse la lite per compiacere al desiderio dei farmacisti Binaghi (angolo corso Lodi) e Aguzzi (corso Porta Romana) di cercare di eliminare in esso De Carlini un concorrente.

Il tribunale, con sentenza 18 marzo 1901, accogliendo le difese del convenuto, assolse questo dalle domande.

Di qui l'appello di Marzoli, con citazione 10 aprile 1901, e discussa la causa avanti a questa Corte, nell'udienza 28 giugno 1901, ivi le parti presero le rispettive conclusioni in epigrafe riportate.

Nella presente causa si affacciano prima di tutto le questioni d'indole generale più volte presentatesi dopo l'attuazione della legge sanitaria 1888, se cioè ad onta dell'articolo 26 della legge stessa che proclamò il principio del libero esercizio farmaceutico, i vincoli e privilegi delle aziende farmaceutiche restino in vigore sino all'approvazione di una legge di cui è fatto riserva nel successivo art. 68, legge che non fu mai promulgata, e se le farmacie esistenti in Lombardia e in ispecie quelle di origine anteriore al 1835 godano di una forma di privilegio conservata dalla legge suddetta. Ad onta delle oscillanze della giurisprudenza in questa materia, massime nei primi tempi, è a ritenersi che molteplici giudicati di questa Corte e della Corte di cassazione di Torino seguìte anche da altre Corti hanno risolto in modo assoluto, così da costituire un *ius receptum*, le suddette questioni nel senso che pei combinati art. 26 e 68 della legge sanitaria suddetta, i vincoli e privilegi esistenti a favore delle farmacie restano provvisoriamente in vigore e che le farmacie esistenti in Lombardia e in ispecie quelle di origine anteriore al 1835, godono di privilegi provvisoriamente conservati.

Si ritenne dalla accennata giurisprudenza dalla quale la Corte non crede di dover scostarsi neppure nel caso concreto, che quantunque la legge sanitaria 22 dic. 1888 abbia coll'art. 26 proclamato in massima il principio della libertà dell'esercizio farmaceutico, questo articolo debba essere coordinato coll'art. 68 della legge stessa, col quale il potere legislativo riservò a sè di provvedere con future disposizioni per l'al-

(1-2) La sentenza riformata 25 maggio 1901 del Tribunale di Milano si legge in questo *Filangieri*, a. c., pag. 543, col richiamo in nota. La Corte d'Appello non si scosta dalla sua giurisprudenza, conforme a quella della Cassazione di Torino. Nel senso di questa si sono testè pronunziate le Sezioni unite della Corte romana con la decisione riferita in questo stesso fascicolo, pag. 845.

lizione dei vincoli e privilegi esistenti nell'esercizio delle farmacie. E difatti detto articolo 68 suona così: Sarà presentato nel corso di cinque anni dalla promulgazione della presente legge apposito progetto di legge per l'abolizione dei vincoli e privilegi esistenti nel regno nell'esercizio della farmacia, al fine di regolare le indennità che potranno occorrere e provvedere i mezzi necessari a questo scopo. Se dunque il potere legislativo riservò di dare ulteriori disposizioni per l'abolizione di tali vincoli e privilegi, vuol dire che questi erano lasciati provvisoriamente in vigore e che la loro abolizione era rinviata all'emanazione della nuova legge, che in fatto non fu ancora promulgata. Questa interpretazione è conforme alla lettera quale emana dall'articolo sovra riportato, allo spirito reso palese dai lavori legislativi tanto in relazione al progetto ministeriale sulla discussione al Senato e alla Camera dei deputati, dalle quali si rese manifesta l'intenzione di lasciar sospeso tutto quanto riguardava i vincoli e i privilegi.

Nè si dica, come fa l'appellato, che l'art. 68 non faccia riserva di una nuova legge se non per regolare le indennità lasciando invulnerato il principio della libertà dell'esercizio scritta nell'art. 26, poichè detto art. 68 quantunque accenni al futuro progetto che avrebbe avuto lo scopo di regolare dette indennità, dichiara espressamente che oggetto del medesimo dovrebbe essere l'abolizione dei vincoli e privilegi, il che implicava la conservazione provvisoria dei medesimi.

La seconda questione è quella, se e quali vincoli e privilegi esistessero in Lombardia, e si ritenne che nei tempi precorsi esistessero già dei vincoli in quanto spettasse al Governo di provvedere, occorrendo, ai bisogni colle erezioni di nuove farmacie, e che il privilegio continuasse e si esplicasse nei tempi successivi come risulta dalla notificazione austriaca 10 ott. 1835, colla quale fu stabilito che un'officina farmaceutica potesse sorgere in massima dove la popolazione è agglomerata per venire in aiuto ai bisogni di 5000 individui, che per speciali circostanze locali potesse il Governo accordare l'erezione di nuove farmacie ove il servizio migliore del pubblico lo richiedesse; che la facoltà di esercitare la farmacia fosse personale e in caso di morte del proprietario si avesse a vedere se la farmacia fosse a conservarsi e nel caso fosse ecceduto il numero la si potesse far chiudere, fosse però riservato il diritto di esercizio a mezzo d'institore alla vedova, e in via di eccezione potessero essere preferiti i figli quando avessero la qualità richiesta.

In seguito fu emanata la notificazione 1.º agosto 1838 per cui fu dichiarato che la succitata notificazione 1835 non dovesse aver effetto per le farmacie che esistevano in quel tempo, in quanto si trattasse della loro vendita e trasmissione per successione e non si avesse per dette farmacie a ritenere il carattere personale, del che tutto se ne dedusse che alle farmacie preesistenti al 1835 in Lombardia si è attribuito un carattere di vera proprietà patrimoniale piena riconosciuta dalla legge e si è creato a loro favore una condizione privilegiata che si estrinseca dai vincoli e dai limiti imposti e mantenuti per le aperture di nuove farmacie quando non ricorrono e le circostanze suindicate e l'autorizzazione governativa.

Nè si obbietti come fa l'appellato che per dette normali austriache non era costituito un vero monopolio a favore delle farmacie anteriori al 1835 e quindi non possono queste pretendere di esercitarlo a danno delle nuove farmacie, poichè basta che un vincolo o privilegio qualunque esistesse perchè questo dovesse ritenersi per l'art. 68 della legge sanitaria provvisoriamente conservato e non potesse venir leso coll'erezione di nuove farmacie nei limiti suindicati.

Per ciò tutto ritiene la Corte che avendo il Marzoli dimostrato col certificato 26 luglio 1894 rilasciatogli dalla prefettura che la farmacia da esso esercìta in questa città corso S. Gottardo n. 1 già di proprietà Tosi-Melzi e Moia è una farmacia di diritto privato preesistente all'anno 1835, devesi riconoscere che a favore dello stesso sussiste l'accennato privilegio ed ha diritto di farlo valere e di ottenere la chiusura delle farmacie di libero esercizio che ledano tale suo diritto. Alla soluzione di codeste questioni di carattere generale, nei sensi della più conforme giurisprudenza, non ostano le osservazioni in contrario fatte dall'appellata sentenza del tribunale.

Non quella che le legislazioni dei popoli liberi e civili devonsi ritenere inspirate al concetto della più ampia libertà nell'esercizio di mestieri e delle professioni, poichè se ciò sta in tesi generale, e se pure anche la legge sanitaria 1888 proclami questo principio nell'art. 26, ciò però non toglie che la stessa legge possa avere dettato le accennate norme transitorie in vista delle quali i privilegi rimanevano provvisoriamente in vigore. Non ha neppur valore l'altra asserzione che collima con quella fatta dallo stesso De Carlini che il progetto futuro indicato nell'articolo 68 della legge avesse il solo scopo di regolare le indennità, mentre, come già si è detto, dalla lettera e dallo spirito di quel disposto di legge si evince che oggetto di quel progetto fosse quello di abolire in seguito i vincoli e i privilegi sia pure all'ultimo intento di regolarne le indennità.

Ed a fronte di quanto si disse sopra in relazione alle normali austriache succitate, non può ammettersi l'obbietto della sentenza appellata che dette normali costituissero a favore delle farmacie preesistenti al 1835 un diritto puramente patrimoniale e non un privilegio, perchè, come ritenne la giurisprudenza, il privilegio consisteva nel diritto esclusivo per l'investito di esercitare delle farmacie nell'ambito ivi indicato con esclusione d'altri, salvo la facoltà al Governo di conoscere se peculiari circostanze autorizzassero l'erezione di nuove farmacie.

Sciolte così le questioni principali di diritto, il convenuto appellato De Carlini oppose speciali eccezioni di fatto; e disse prima di tutto che pur stando alle dette normali austriache occorrerebbe dimostrare che la nuova farmacia di esso De Carlini ecceda il limite fissato di una farmacia per ogni 5000 abitanti, e in relazione a ciò conchiuse mandarsi a Marzoli di provare con testimoni e documenti che codesto limite non sarebbe oltrepassato. Ma anche su questa questione la giurisprudenza si è già più volte pronunciata nel senso che si tratta di materia amministrativa, che spetta al prefetto di vedere se concorrono le dette circostanze per l'apertura di una nuova farmacia, ad onta dell'esistenza di altra farmacia privilegiata, nè può in argomento intervenire il giudizio dell'autorità giudiziaria.

E il Consiglio di Stato (decisione 22 dicembre 1892, Cardone c. Prefetto di Milano e Fumagalli, *Monitore dei Tribunali* 1893 pagina 313) statuì che il prefetto può anche dopo una sentenza di magistrato, che ordini la chiusura di una farmacia, sovra richiesta di un farmacista privilegiato, far luogo ad apposito concorso per l'apertura d'una nuova farmacia attenendosi alle regole, condizioni e forme stabilite dalla legislazione sanitaria vigente in Lombardia prima della legge sanitaria 1888 e col criterio che ogni farmacia risponda ai bisogni di 5000 persone. In relazione a ciò fu emanata dal Ministero dell'interno corrispondente circolare ai prefetti in data 20 genn. 1893.

Finalmente De Carlini oppose che la farmacia dell'attore Marzoli, sita in corso S. Gottardo n. 1, dista circa 2 chilometri da quella di esso De Carlini sul corso Lodi n. 3 *bis* e che lungo il tratto fra queste due farmacie se ne trovano altre quattro, e cioè la farmacia Lucchini, viale Lodovica n. 1 *A*, quella Zanatta, viale Lodovica n. 47, quella Pellegrini, viale Vigentina nn. 1 e 14 e quella Binaghi in angolo corso Lodi, delle quali, una soltanto, quella in viale Vigentina, sarebbe di antico diritto. Su questa circostanza De Carlini dedusse un capitolo di prova testimoniale in primo giudizio, capitolo che ora ripropone. Esso De Carlini vuole dedurre da tutto ciò che Marzoli non avrebbe interesse a promuovere la presente lite per ottenere la chiusura della sua farmacia. La questione è tutta di apprezzamento, di vedere cioè se in fatto la nuova farmacia possa far concorrenza a quella dell'attore; e in proposito si osserva che ammesso pure che fra le due farmacie vi sia l'indicata distanza, non si potrà però negare, ciò che d'altronde è notorio, come le stesse si trovino nel circondario esterno di Milano in quartiere limitrofo; per cui non può escludersi *a priori* che la nuova farmacia possa fare una qualche concorrenza a quella dell'attore.

Il ragionamento che fa l'appellato: « gli abitanti di Porta Ticinese dove è la farmacia Marzoli non vorrebbero certo andare a provvedersi alla farmacia De Carlini sul corso Lodi mentre dovrebbero percorrere tutta la circonvallazione » non risolve la quistione, nè esclude la concorrenza, mentre può darsi invece che gli abitanti che stanno sulla circonvallazione circa a metà, possano andare a provvedersi piuttosto da De Carlini che da Marzoli. La concorrenza potrà essere forse minima, ma comunque questa è questione che potrà trattarsi in sede di liquidazione di danni; intanto però, non essendo, ripetesi, escluso che una concorrenza possa aversi, è perciò solo dimostrato l'interesse dell'attore e quindi non si può ammettere la mancanza di ragione. Anche l'esistenza di quattro farmacie intermedie non può avere importanza, poichè se codesti farmacisti non poterono o non vollero promuovere l'azione, e secondo le affermazioni dello stesso De Carlini, tre di essi non lo avrebbero potuto, trattandosi di farmacie mancanti di privilegio, il non aver voluto il quarto esercitarla, non può influire sull'esercizio dell'azione da parte Marzoli, dal momento che si deve ritenere in lui sussistente il diritto. Finalmente De Carlini sostiene ancora che Marzoli avrebbe promosso la presente lite per compiacere il desiderio di altri dei citati farmacisti, e ciò si propose di provare con un capitolo testimoniale già in primo giudizio; ora sviluppa questa prova in vari capitoli.

Ma fossero pur vere le circostanze asserite e dedotte a prova, non verrebbe che si dovesse perciò respingere l'azione del Marzoli dal momento che è stabilito dalle premesse osservazioni che la sua farmacia è dotata di privilegio e che esso ha interesse a che la farmacia De Carlini sia chiusa. Per tutto ciò la Corte, pur ritenendo inutili le prove proposte dall'appellante in quanto emerge dalle premesse osservazioni che le circostanze che con detta prova dovrebbero stabilirsi, non sono influenti nè indurrebbero a divers

decisione, deve concludere per la riforma della sentenza appellata.

P. q. m., ecc.

—

MILANO, 18 giugno 1901 — *Pres.* Clerici — *Est.* Setti == Gandini e Quadri c. Beccaro.

1. *Estremi del contratto d'appalto sono l'impresa di un'opera, e la speculazione risultante dal* prezzo fatto, *che non può essere tacito, per quanto sia lecito alle parti di convenire che sarà fissato in seguito in modo determinato* (1).

2. *La locazione d'opera equivale negli effetti al mandato commerciale oneroso, e quindi la risoluzione anticipata o repentina senza giusta causa del contratto dà luogo al risarcimento dei danni* (2).

3. *Allorchè sia stato affidato a due ingegneri l'incarico di curare la costruzione d'un edificio sopra i disegni di un architetto, la morte di questi non può considerarsi come* giusta causa *di risoluzione dell'impegno con loro contratto, nei sensi di cui all'art. 366 cod. comm.* (3).

Il padre Gerardo, Beccaro ideatore del nuovo grandioso tempio del «Corpus Domini» in questa città, dopo aver affidato l'incarico dei relativi progetti al conte Ippolito Marchetti assumeva quali suoi collaboratori nella compilazione di essi e nella costruzione dell'edificio gli attuali attori ingegnere Riccardo Gandini e architetto Ernesto Quadri senza nulla pattuire di esplicito in ordine alla durata dell'incarico e alla misura del loro compenso.

Venuto a morte il conte Marchetti, il padre Beccaro scriveva agli attori che, in causa di tale luttuoso avvenimento, si imponeva un radicale mutamento nell'indirizzo tecnico e finanziario dell'opera e li avvisava che comunque la posizione loro si dovesse considerare precaria, pure per non vincolare in alcun modo la loro libertà d'azione li riteneva sollevati dal peso delle cure conseguenti all'interessamento da loro preso per l'opera dell'erigenda Chiesa, salvo a procedere di comune accordo alla liquidazione delle loro competenze.

A questa lettera risposero gli attori con un atto notificato al padre Beccaro il 28 luglio 1899 col quale lo diffidavano a soprassedere della prosecuzione e variazione dei lavori iniziati senza il loro concorso, con protesta dei danni materiali e morali.

Rimasta senza esito la detta diffida, gli

(1-3) Quantunque i concetti svolti nella sentenza della Corte di Milano trovino non rari riscontri nella nostra giurisprudenza, pure non ci soddisfa la distinzione tra le due categorie di locazioni d'opera basata sulla esistenza del prezzo preventivo e dell'alea dell'imprenditore.

È la intenzione delle parti contraenti, a seconda che ebbe di mira un risultato di lavoro piuttosto che la prestazione di un'attività personale che determina, a parer nostro, la demarcazione tra gli appalti e le locazioni di opere o servigi; inquantochè è dessa appunto e sola che vi imprime dei caratteri, dei modi d'essere, degli atteggiamenti sostanzialmente distinti.

Così, mentre la scelta dei mezzi, la direzione del lavoro e la responsabilità del risultato gravano sull'artefice che siasi assunto di eseguire una data opera, è naturale che gravino invece sul committente ove egli nell'altro abbia voluto dall'artefice che utilizzarne l'attività e dirigerla ai suoi fini. Così il corrispettivo di costui dovrà qui commisurarsi a questa attività; mentre nell'appalto non potrà che corrispondere al valore, e cioè al prezzo dell'impresa compiuta.

Ora non si comprende in che possa mutare l'essenza giuridica dell'appalto ove il prezzo, in luogo di essere determinato in una cifra preventiva, sia rimesso tacitamente a una determinazione di periti, ad opera compiuta; e si comprende tanto meno poi come questa modalità accessoria possa trasformare l'appalto in un contratto di locazione di opere personali che nasce, come vedemmo, con forme e finalità sostanzialmente diverse.

La Corte di Milano, pur non riconoscendolo esplicitamente, ha unificato il concetto di appalto con quello del cosidetto *forfait* o *locazione aversionale*, di cui sono elementi un disegno concordato e un prezzo fatto *invariabile*, e quindi un'alea notevole sul guadagno dell'imprenditore. Ma il *forfait* è e fu sempre considerato una sottospecie del contratto di appalto, soggetta a forme più rigorose, ma derivante dallo stesso concetto informatore. Nulla infatti vi è innovato nè nella proporzionalità del prezzo nè nella intenzione dei contraenti, nè nella indipendenza e responsabilità del lavoro su quanto asserimmo essere caratteristica dell'appalto in senso lato. Epperò non v'è ragione di accomunare a questo ciò che forma la esclusiva specialità di quello, e cioè la invariabilità del prezzo e l'alea conseguente.

Anche in diritto romano si conosceva la *locatio per aversionem*, cioè il *forfait*, ma appunto come una forma dell'appalto; ed era questo, nella più lata accezione, designato colla qualifica di *locatio operis*, che stava a contrapposto della *locatio operarum*, la nostra locazione di servigi; dove il distacco tra le cose era nel nome istesso, essendovi da un lato l'*opus* e cioè il risultato di lavoro, e dall'altro le *operae* ovvero le prestazioni individuali a designare l'oggetto della contrattazione.

Nè questa concezione trova ostacoli nella legge italiana. In nessun disposto difatti vi sta scritto che debba il prezzo di tutti gli appalti essere fissato avanti l'inizio ai lavori e neppure che debba quantomeno essere prefisso un dato modo di determinazione, come afferma la sentenza in esame. Di prezzo fatto si parla solo negli articoli che riguardano il *forfait*,

attori convennero il padre Beccaro avanti questo tribunale per ottenerlo condannato al pagamento di L. 150,000 a titolo di spese, competenze e danni.

All'udienza di discussione sostennero gli attori di avere stipulato col padre Beccaro un vero e proprio contratto di appalto, avente per oggetto la costruzione del nuovo tempio, invocando il disposto dell'art. 1641 c. c. per il quale il committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto tenendo indenne l'imprenditore di tutti i lavori, di tutte le spese e di ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa.

In appoggio produssero vari documenti e dedussero, per il caso di bisogno, alcuni capitoli di prova per testi diretti a stabilire l'importanza dell'opera e il concorso di essi attori alla stessa; e la prova peritale su circostanze analoghe.

Il padre Beccaro contestò di aver affidato agli attori *in appalto* la costruzione della Chiesa: sostenne trattarsi di semplice locazione d'opera a titolo precario e conchiuse dichiarandosi disposto a liquidare e pagare il compenso loro spettante in misura dell'opera prestata.

Il tribunale, con sentenza 1.º febb 1901, respingeva la tesi dell'appalto, liquidava il compenso della locazione d'opera in L. 14,500 complessivamente, compensando le spese.

Contro questa sentenza appellarono ritualmente il Gandini e Quadri con citazione 14 febb. 1901 ed il padre Beccaro incidentalmente.

Le parti presero all'udienza le conclusioni ivi riferite.

L'appello principale è diretto a far riconoscere che la condizione giuridica di Gandini e Quadri di fronte al padre Beccaro si risolve in un contratto d'appalto; e mentre si ammette che il tribunale enumerò fra gli elementi costitutivi del contratto di appalto:

a) la promessa di un determinato risultato di lavoro, anzichè del lavoro personale in sè stesso;

b) il fine della speculazione;

c) l'alea o rischio dell' imprenditore; si conchiude poi che tali premesse sono bensì

---

nè altrove si prescrive un modo piuttosto che un altro per determinarne l'ammontare. Perchè non dovrebbe ammettersi in queste condizioni il *prezzo tacito?* (Vitalevi, *Appalto di opere e lavori*, nel *Digesto italiano*, n. 14).

Ma non può sfuggire un ultimo rilievo. La conseguenza economica più notevole della diversa classificazione del contratto di lavoro sta nell'applicazione o meno dell'*art. 1641 cod. civ.*, che ai soli imprenditori d'un appalto riconosce il diritto, pel caso che il committente lo rescinda anzi tempo, di avere, oltre l'equivalente delle spese fatte e del lavoro eseguito, la rifusione del lucro mancato.

Lo *spirito* di questa disposizione è quello stesso che informa l'art. 1165 c. c. cui essa deroga solo in parte: colpire con una sanzione la violazione della volontà contrattuale. Ora è spiegabile fino a un certo punto che l'art. 1641 non si debba applicare nella locazione di opere personali, inquantochè, se il rapporto non ha limiti precisi di tempo o di oggetto, nulla ostacola la libertà delle parti di risolverlo a piacere; ma non è spiegabile nè in diritto nè in morale che quando il committente ha destinata all'imprenditore l'esecuzione di una data opera, pur rimettendone il calcolo del prezzo a lavori compiuti con una tacita intesa che non è del tutto inusata, gli debba poi essere lecito di revocare l'accordo, in ogni tempo, cioè di calpestare il patto contrattuale, senza affrontare nessuna conseguenza!

Ben è vero che la giurisprudenza ha trovato un temperamento equitativo a tutti i casi d'ingiusta risoluzione del contratto stabilendo l'obbligo di un preavviso e, in difetto, di un risarcimento. Ma il rimedio, anzitutto, è inadeguato alla gravità del male, in casi come quello ora accennato: e, inoltre, rappresenta piuttosto una tendenza sociale, un generoso ardimento della coscienza giuridica che un postulato di legge positiva; meno salda difesa offre quindi ai locatori d'opera, tantochè in esempi recenti lo si è visto affatto rinnegare (App. Genova, 21 giugno 1901, in *Mon. Trib.*, 1901, 812).

La Corte di Milano ha trovato una scappatoia nella soluzione del mandato commerciale che le ha permesso di liquidar qualche danno per la rescissione del contratto. E la tesi, date le emergenze di fatto della specie, ne pare inattaccabile in diritto — corrispondendo anche ai dettami di dottrina più recenti (Barassi, *Contratto di lavoro*, n. 36).

Ma è ovvio che quelle stesse condizioni di fatto potranno talvolta mancare e il giudice allora, o dovrà ricorrere alla teoria del preavviso o commettere una iniquità.

Così — per conchiudere — questi ed altri inconvenienti sarebbero tolti di mezzo colla soluzione già propugnata, per cui fosse mantenuta la distinzione tra le due categorie di locazioni d'opere — appalti e prestazioni di servigi — in base all'obbietto e al[illegible] del contratto, non di accessorie modalità e, acc[illegible] l'ampia concezione dell'appalto che la storia e la filosofia del diritto consigliano del pari, vi si [illegible] casse la norma dell'*art. 1641 cod. civ.*

E questa più equa applicazione della legge vi[illegible] segnerebbe forse un indirizzo alla nuova legis[illegible] del contratto di lavoro, intorno a cui si affol[illegible] tanti voti e tante speranze.

Avv. G. Interdonato.

accettabili, ma che però non mettono in rilievo i più caratteristici elementi costitutivi di quel contratto.

E qui appunto sta l'errore degli appellanti, i quali, del resto, sostengono con molta dottrina e con speciale acume il loro assunto.

I tre elementi sopra enunciati sono invece i caratteri specifici del contratto d'appalto. Gli appellanti si industriano di cercare più presto il carattere prossimo di quel contratto con altri, di quello che di stabilirne la differenza specifica. Ora senza voler dare una definizione precisa del contratto di appalto, qui basterà osservare che per la nostra legge non è possibile avere siffatto contratto se questo — prima di tutto — non ha per obbietto l'intrapresa d'un' opera (imprenditori di opere art. 1627 n. 3 c. c.) e non il lavoro personale all'altrui servizio (1627 n. 1).

Qui si hanno in vista i servizi, le opere, i lavori in sè stessi per i giorni e le ore convenuti e considerati come mezzi per conseguire un dato risultato: là invece si ha in mira questo risultato. Ma poi ciò che differenzia la *locatio operis* dalla *locatio operarum* sta nella caratteristica *economica* dei due contratti.

Non vi è appalto se non vi è speculazione, cioè se non vi è così la speranza di un lucro che il locatore si propone di conseguire dall'impresa, come la possibilità di un rischio o pericolo a cui egli sa di esporsi.

Se non c'è che un compenso di un lavoro prestato e non il corrispettivo rappresentante il prezzo di tutta l'opera compiuta, non si può parlare di appalto.

Perciò la legge agli art. 1640, 1643 e 1646 parla di « prezzo », poichè è dal prezzo che origina la speculazione e dalla speculazione la differenza specifica dei contratti in parola.

L'appalto esige « un prezzo di fatto »; questo prezzo può essere unitario, cioè per ogni unità del lavoro e può essere complessivo e *à forfait:* ma vi deve essere; perocchè la *locatio conductio seu redemptio operis*, giusta il diritto moderno e di cui all'articolo 1779 cod. francese, all'art. 1801 cod. Albertino, all'art. 1689 cod. parmense ed all'art. 1701 cod. austr., esige la determinazione di un prezzo.

Nè è vero che esso possa esser *tacito*. Potrà non esser determinato al momento del contratto; ma però da allora deve essere determinato il modo di stabilirlo in appresso.

Il che esclude che si possa dir *tacito* sia in questo caso, sia che rimesso all'arbitrio di un terzo (non di periti). E la giurisprudenza ritenne che il codice patrio esige per l'appalto l'assunzione dell'impresa di un'opera a prezzo fatto, consistendo l'appalto in un complesso di operazioni e di somministrazioni di vario genere, le quali, in tutte quelle provvisioni che l'imprenditore ha da compiere in servizio dell'appaltante, nel lucro che si propone di conseguire sul prezzo d'appalto, nel rischio a cui si espone, contengono gli elementi di una vera speculazione commerciale, e tale carattere comunicano alla negoziazione in cui vennero assunte. E non è esatto il dire che l'alea è carattere distintivo del *forfait.* Il tribunale non ha errato, come si pretende, sostenendo invece che l'alea debba sempre accompagnare l'appalto.

In questo contratto, sia a prezzo unitario sia a prezzo aversionale, l'imprenditore mira principalmente, non esclusivamente, a lucrare sulle mercedi nell'impiego dei materiali, sulle oscillazioni dei prezzi.

Dalla differenza del prezzo di acquisto o di rivendita del materiale, dagli utili che il prezzo della mano d'opera può dargli, dalle economie ricavabili dal metodo e dagli strumenti di lavoro, dall' impiego dei capitali, dal costo del denaro e dei trasporti, dalle vicende dei mercati e delle mercedi, l'intraprenditore ritrae la sua qualità di speculatore e quindi di commerciante e informa la sua opera sempre a un criterio di speculazione quando spera di avere un profitto correlativo ai rischi, al suo lavoro, alle sue somministrazioni, ecc., art. 1641 c. c.

Ebbene nel caso in esame gli appellanti non hanno potuto in verun modo affermare che un prezzo qualunque sia stato stabilito.

Essi accettarono e si assunsero di costrurre la Chiesa, ma non una parola per la determinazione del prezzo: non un fatto che determini la stipulazione di un appalto.

La forma dei rapporti economici interceduti fra le parti sta a dimostrare che non si può ravvisare un appalto nel contratto in esame, perchè all'arbitrio dei pretesi appaltatori nulla o poco era lasciato.

Essi anche se anticipavano somme ne erano rimborsati: non facevano contratti coi fornitori senza autorizzazione del Beccaro (Doc. Keller, Benelli, Gaifami), e non incontravano rischi, non speravano in guadagni derivabili dai contratti, dai metodi di lavoro, dal prezzo dei materiali, dalle oscillazioni della mano d'opera.

Essi lavoravano e lavorarono bene, assiduamente e coscienziosamente, ma il loro guadagno era una specie di compenso che il Beccaro od essi dovevano o prima o poi determinare, ma non come corrispettivo del risultato complessivo del lavoro del prodotto, dell'opera intera ottenuta (lett. 27 nov. 1897 e 26 ott. 1898).

Persino il modo con cui gli attori giustificano la loro domanda dimostra che di appalto non si può parlare, perocchè essi domandano delle percentuali sul valore del lavoro.

Ora l'appaltatore ha diritto ad un prezzo, non ad un compenso ed al prezzo intero del lavoro, non alle provvigioni o alle percentuali, tale essendo la legge dell'appalto che l'appaltatore lavori per un prezzo, non per una percentuale sul prezzo pagato dal committente ad altri.

E allora non è il caso di dire che la intenzione delle parti fu per l'appalto. Vi è anzi la prova che la intenzione fu per altro genere di obbligazione.

E quale sarà allora codesta specie di contratto voluto?

Su ciò vi è poca discrepanza fra le parti: Gli appellanti sostengono che se non si tratta d'appalto, si tratta almeno di mandato commerciale, riconoscendo che questa figura si attaglia più esattamente a loro che quella di locatori d'opera personale, come afferma invece l'appellato.

La questione non ha importanza anche perchè il padre Beccaro non si rifiuta dal riconoscere il suo debito verso gli appellanti e solo fa questione di quantità.

Del resto è noto come in dottrina e in giurisprudenza vi sia tendenza a considerare equivalenti fra loro il mandato commerciale (oneroso) e la locazione d'opera.

Però nel caso in esame è bene vagliare le modalità della contrattazione avvenuta.

Qui è pacifico che agli appellanti sia stato dato l'incarico di costrurre la Chiesa del « Corpus Domini ».

Le funzioni loro si connettono indubbiamente a questo fine determinato e ciò è qualche cosa di più di un semplice impiego di attività personale.

Difatti costoro hanno stipulato contratti, hanno pagato creditori e fornitori, hanno distribuito lavori, hanno assunto gli impiegati e gli operai che a loro piacevano, ecc., agendo insomma con due note caratteristiche rilevanti: cioè con una certa indipendenza dal committente e con la veste dei suoi rappresentanti.

Chi presta ad altri l'opera sua per rappresentarlo nella sua capacità giuridica, nel contrattare coi terzi e non solo per procacciargli qualche utilità col proprio lavoro, è più presto un mandatario che un locatore d'opera.

Qui il committente non forniva i materiali occorrenti all'esecuzione dei lavori; egli forniva solo i fondi e approvava i contratti, ma questi erano fatti dagli appellanti, che obbligavano il committente verso i terzi, e di più avevano la direzione dei lavori e incontravano una responsabilità non avendo istruzioni precise ed essendo lasciato loro il seguire gli usi del commercio (art. 356 c. comm.).

Se la differenza specifica dei due contratti la si vuole in questa modalità della rappresentanza della persona del committente, qui è di mandato che si deve parlare.

Se invece la si vuole trovare nella stabilità della relazione di servizio, e allora non si potrebbe disconoscere che nella fattispecie questa stabilità può mancare, nel senso che una parte afferma di avere assunto *in prova* e *in via precaria* i costruttori della Chiesa, precarietà che in una lettera 8 nov. 1898 è poi tacitamente da questi riconosciuta.

Del resto il Collegio non può prescindere dal dichiarare che questo carattere di stabilità di relazione di servizio non è tale di per sè da distinguere sempre nettamente le due sopradette forme di contratto: — non è nella legge, ed in pratica la natura, la importanza, la complessità di un mandato — (come quello appunto di costrurre e dirigere delle costruzioni) possono in certi casi esigere quella stabilità di rapporti che accompagna d'ordinario la locazione d'opere personali.

E allora se per le sue finalità, per le sue manifestazioni, per le sue precipue caratteristiche l'incarico avuto si deve più propriamente qualificare per mandato commerciale [cosa che del resto il tribunale intuì dicendo che gli appellanti agirono quali semplici suoi (del Beccaro) mandatari], ne consegue che ammessa l'interruzione del mandato (senza termini) devesi ricercare se essa avvenne per giusta causa (art. 366 c. comm.).

Ora dagli atti non risulta provato dell'esistenza di questa giusta causa. Non la morte dell'ing. Marchetti, perchè la morte dell'architetto non è di per sè una ragione per cui un'opera intrapresa, non possa essere continuata da altri sui disegni e progetti lasciati. Nella fattispecie il padre Beccaro non pensò di tralasciare i lavori relativi alla Chiesa erigenda e per cui tanto si è adoperato.

Non è contestato che non solo dopo la morte del Marchetti, ma anche dopo il licenziamento degli appellanti, i lavori siano stati proseguiti da altri costruttori, e ciò fino che ebbe a scoppiare il recente sciopero dei muratori. Che se si parla di disegni lasciati dall'architetto non ben precisati e definiti (il che gli appellanti contestano), sta però in fatto che per le relazioni di cordiale amicizia e di comunanza di lavoro e di affinità di intenti fra il Marchetti e gli appellanti, questi erano meglio d'ogni altra persona atti ad interpretare il pensiero dell'architetto e a completare in certo modo l'opera da quello lasciata. Ciò rilevasi dalla corrispondenza prodotta in atti.

Nè il padre Beccaro può fare alcun addebito ai costruttori.

Il richiamo a condizioni economiche da

regolarsi non giustifica la rescissione del mandato: nè l'addurre il bisogno di ottenere superiori autorizzazioni; nè la previsione di mutamenti tecnici, finanziari (non punto dimostrato) sono motivi sufficienti per giustificare la violazione di un mandato così importante non fosse altro per i molti delicati complessi rapporti dei costruttori con tutte le persone che contribuivano direttamente o indirettamente alla erezione della Chiesa.

Ora non essendosi addotta una giusta causa atta a coonestare un congedo repentino dato agli appellanti dopo 14 mesi di lavoro, che lo stesso mandante deve riconoscere coscienzioso, abile, diligente ed utile, ne consegue che l'art. 366 c. comm. è applicabile al caso e il padre Beccaro deve rispondere dei danni derivati dall'ingiusta interruzione lesiva del diritto e dell'interesse degli appellanti e per ciò suscettibile di risarcimento.

Veggasi ora quale debba essere la liquidazione della provvigione spettante al mandatario (art. 361 c. comm.), e determinabile a norma degli usi commerciali contenuti nella tariffa del Collegio ingegneri ed architetti di Milano (1882), e quali siano i danni (art. 366).

E poichè in questo punto relativo alle valutazioni fatte dalla sentenza vi è anche un appello incidentale — così sarà opportuno considerare simultaneamente i due appelli.

Il primo addebito fatto alla sentenza dagli appellanti principali, si è che il tribunale ha liquidato un solo compenso di L. 14,500 — invece di due.

Essi hanno considerato che le rimunerazioni di cui al capo III, sezione prima della tariffa, si commisurano alla stregua delle persone che *alle operazioni* accudirono e non a quella delle somme, cifre estimali preventive, somme risultanti dai conti, ecc.

E si appongono al vero.

La tariffa parla di onorari dovuti all'architetto per le operazioni sue proprie e chiaramente stabilisce che tali onorari spettano individualmente ad ognuno che, come l'ingegnere Gandini e l'architetto Quadri, abbia fatte operazioni di architettura.

Quindi se due furono gli ingegneri o architetti costruttori dell'opera, è logico che due siano gli onorari, chè altrimenti calcolando come ha fatto il tribunale si dimidierebbero i loro diritti.

Ora per determinare i loro onorari il tribunale ha calcolato che in base al valore della costruzione fino al 1898 (L. 150,000) si debba aggiudicare l'1 0[0 per la parte avuta dagli appellanti nella compilazione dei progetti ed il 5 0[0 per la direzione dei lavori.

Si lagna di ciò il padre Beccaro e a ragione.

Si accettò pure per base la somma di L. 150,000 come costo dei lavori compiuti sotto la sorveglianza e direzione dei Gandini e Quadri tanto più che lo stesso padre Beccaro nella fine della sua conclusionale si dice disposto ad ammettere, *pro bono pacis*, quella cifra.

Ma il 6 0[0 (1 e 5 0[0) sul valore delle costruzioni è cifra esagerata.

La tariffa degli ingegneri del Collegio di Milano assegna il 2 0[0 come onorario pel progetto, e cioè relazione, preventivo sommario, disegni generali, artistici e costruttivi.

Ora non vi è in atti alcuna prova che a ciò abbiano accudito gli appellanti.

I disegni generali, relazione, preventivo, ecc., risulta dagli atti che furono del conte Marchetti. Vi avranno dopo collaborato anche gli appellanti, ma come costruttori, o come modificatori dell'opera prima originaria, sempre però sotto la direzione generale dell'architetto Marchetti.

Non vi è quindi ragione per dare ad essi una percentuale che non hanno dimostrato spettar loro.

Restano invece le due percentuali segnate alle lettere *B* e *C* dell'art. 15 della detta tariffa, e così l'1 0[0 per la collocazione delle quantità delle opere, apprezzamenti relativi, trattative coi fornitori, ecc., e il 2 0[0 per i dettagli della costruzione, direzione, sorveglianza, liquidazione conti, ecc.

E in ciò si tiene conto come pretendono gli appellanti e del risultato ottenuto e dell'attività e sforzo intellettuale e materiale impiegato, e anche della liquidazione dei conti che il padre Beccaro contesta a torto, perchè è in atti la prova che gli appellanti liquidarono essi almeno la maggior parte dei conti stessi.

Perciò spettano a ciascuno di essi Gandini e Quadri L. 3500.

Il tribunale ha poi assegnate L. 5000 per l'amministrazione (impianto e gestione).

Il padre Beccaro vorrebbe ridurle a L. 1500.

Ma la Corte osserva che se ciò è esagerato alquanto (dato il costo di un'amministrazione normale secondo gli usi e le tariffe milanesi), è esagerata ben di più la diminuzione che vorrebbe fare il padre Beccaro.

Bisogna tener calcolo che un'amministrazione così complessa dovette importare molto impiego di energia di lavoro e molte spese e per di più bisogna calcolare l'avviamento tecnico amministrativo dato in modo definitivo ad un'impresa che secondo i calcoli fatti doveva durare a lungo.

Quindi crede il Collegio di fissare tale spesa in L. 4000 dividendola questa (giacchè riguarda una spesa fatta complessivamente dai due appellanti per un'opera unica) in L. 2000 per ciascuno.

Infine si sono assegnate L. 500 per sopraluoghi e rilievi.

Il padre Beccaro chiama strana questa appostazione, ma strana non è se si tien conto che l'art. 15 della tariffa dice appunto che saranno inoltre da corrispondersi all'architetto le diete per rilevamenti in luogo (operazioni di prima categoria) e spese per trasferte, necessarie per fare acquisti dei materiali in luoghi diversi.

Ora le L. 500 non sono esagerate se si tien conto che sono dagli appellanti stessi esposte per entrambi complessivamente e se si considera l'importanza del lavoro.

E così debbono aggiungersi alle altre L. 3500 più 2000 anche L. 250 per ciascuno degli appellanti stessi (L. 5750).

Restano ora da liquidarsi i danni di cui all'art. 366 c. comm. e che furono chiesti nella diffida 28 luglio 1899 e indicati nella nota in atti.

La Corte in ciò ha pochi dati, ma però senza addivenire ad una perizia che sarebbe eccessivamente costosa crede di poter ritenere per certo questi fatti:

Che cioè i sigg. Gandini e Quadri hanno abbandonato per 15 mesi circa ogni altro lavoro di rilievo: hanno dovuto rinunziare ad ogni soddisfazione morale operata nel compimento di un'opera di molta importanza artistica; hanno dovuto subire le conseguenze morali e materiali derivanti da un improvviso congedo; hanno dovuto rinunziare *ipso facto* agli sperati compensi che l'avvenire loro prometteva; infine si sono trovati senza lavoro e senza un impiego immediato della loro attività.

Tutto ciò deve essere valutato e il Collegio ritiene che giudicando in via equitativa tale danno debba essere valutato in L. 3000 per ciascuno degli appellanti.

Così che la somma complessiva per ciascuno ammonta a L. 8750, che il padre Beccaro dovrà pagare, in tutto L. 17,500.

Per le cose dette e i calcoli fatti, superfluo ed anzi inutile l'addivenire ad esperimenti testimoniali e peritali, giacchè i documenti in causa offrono quanto basta per risolvere in ogni sua parte la presente controversia come sopra si è detto.

Le spese di questo secondo giudizio debbono come quelle di primo essere compensate fra le parti in vista anche delle parziali soccombenze, dimidiando quelle di sentenza e successive.

—

MILANO, 17 maggio 1901 — *Pres.* Clerici — *Est.* Novati = Vigo c. Ditta Prinetti e Stucchi.

È contrattuale e non redibitoria l'azione con cui il compratore di un automobile promuove la rescissione del contratto, per essere il detto automobile fornito di una forza inferiore a quella pattuita (1).

Disputano le parti se al barone Vigo spetti l'azione redibitoria per vizi occulti ovvero l'azione ordinaria *ex contractu*, e la Corte conviene nel concetto che di azione redibitoria non è luogo a parlare nel caso in disputa, perchè il compratore lamenta la mancanza nella cosa, oggetto del contratto, e quindi nella vettura, di condizioni state espressamente dedotte nel contratto, mancanza per la quale è in diritto di pretendere lo scioglimento del contratto stesso, colla condanna del venditore alla restituzione del prezzo già sborsato ed al risarcimento dei danni.

La mancanza lamentata fa considerare in tal caso il venditore siccome inadempiente e che avrebbe consegnata una cosa per l'altra, non potendo dirsi che abbia consegnata la cosa caduta in contratto quando la cosa consegnata non presenta i caratteri espressamente pattuiti, ed ai quali il compratore volgeva l'intento suo, perchè altrimenti non avrebbe conchiuso il contratto. Dice il Vigo che a termini della stipulazione l'automobile contrattato doveva essere della forza di otto cavalli, marciare alle tre velocità (piccola, media e grande) e superare le pendenze fino al 18 0[0. Di queste qualità, espressamente contemplate nella compera, lamenta la mancanza nell'automobile consegnatogli.

Il tribunale ha ammesso le prove per testimoni e perito tenorizzate dall'attore limitatamente all'accertamento della mancanza del requisito della velocità minore. Era, dice il tribunale, pattuito che la vettura doveva servire per le tre velocità. Quanto all'asserzione del Vigo che la vettura non ha le qualità pure pattuite di forza e di attitudine alle salite, il tribunale non ammise la prova ritenendo che se tali qualità fossero state espressamente pattuite, si sarebbero espresse nello scritto memoria.

Prima di versare sulla limitazione accolta così dal tribunale occorre di prendere in esame la difesa della ditta Prinetti la quale assevera che per uso commerciale, per le condizioni e patti dei contratti di vendita che essa stipula coi suoi clienti, come al di lei catalogo a stampa, e per le condizioni affatto simili d'uso presso tutti i fabbricatori

(1) Cfr. da ultimo Cass. Torino, 7 dicembre 1900, in *Filangieri*, 1901, 288, col richiamo.

di automobili tanto in Italia che all'estero, un fabbricatore suole limitare la propria garanzia unicamente alla riparazione gratuita degli automobili per difetti derivanti dal materiale o dalla costruzione. Infatti nello scritto memoria del contratto Vigo sono richiamate le condizioni di vendita preavvertite nel catalogo a stampa. La Corte però conviene nel concetto del tribunale, che la clausola di garanzia che si legge nella « memoria contratto » e nel catalogo non può interpretarsi come implicante revoca e limitazione dell'azione ordinaria contrattuale.

Se si vendeva una vettura fornita di tre velocità, come è detto nello « scritto memoria », non può più dirsi che le tre velocità non fossero garantite, come appunto ritenne il tribunale. E se si pattuirono espressamente altre qualità che la vettura pur doveva avere, la Corte ritiene che pur facevano parte della garanzia, perchè deducendole espressamente in contratto si manifestava che erano necessarie perchè la cosa caduta in contratto servisse all'uso cui il compratore la destinava.

La Corte considera quindi che le prove ammesse dal tribunale riescono influentissime nell'insorta disputa, ed invano la ditta Prinetti-Stucchi le contrasta col suo appello incidentale.

Si tratta poi di conoscere se le prove dedotte dal Vigo siano da ammettersi anche nella parte alla quale il tribunale non fece buon viso, e ciò per conoscere dell'appellazione interposta dal Vigo stesso.

Avanti tutto la Corte non si avventura a pronunciare che riesca indifferente l'accertamento anche delle altre due circostanze, che cioè sia caduta in contratto una macchina che si stipulava fosse della forza di otto cavalli e fosse atta a superare le pendenze fino al 18 0[0, non sia indifferente, si dice, a far ritenere che proprio si abbisognava di una macchina atta a marciare con tutte tre le velocità. Malgrado nella memoria del contratto si esprimesse solo che la vettura sarebbe atta alle tre velocità, e non si esprimessero le altre due condizioni, che il Vigo pure pretende che siano state stipulate, però per l'indole dello scritto meramente memoriale che si ha a prova del contratto, non può escludersi in via assoluta che altri patti siano stati stipulati espressamente oltre quelli nella stessa memoria espressi, nè mancano elementi per credere che anche dette altre condizioni siano state pattuite.

Vigo asserisce che aveva prima contrattata una vettura della forza di sei cavalli e pel prezzo di L. 7500, colla condizione che dovesse superare le pendenze fino al 15 0[0; ma poi temendo che quella macchina non bastasse a superare le pendenze sensibili dei dintorni di Acireale, il contratto fu disdetto, e si contrattò invece l'acquisto di una vettura della forza di otto cavalli (prezzo lire 10,000) col patto che superasse le pendenze fino al 18 0[0. Soggiunge che si dovevano fare anche esperimenti della macchina nei dintorni di Milano fino a Varese per accertarne la forza, ma per imprevedute circostanze non si poterono effettuare ed urgendo di spedire la vettura, però la venditrice ha garantito in detto senso la macchina che consegnava.

L'attendibilità di queste osservazioni del Vigo trova appoggio nella stessa *memoria* di contratto di cui sopra si disse, leggendovisi in calce l'aggiunta: « Il presente contratto annulla quello precedente del 10 luglio ». Le due circostanze, che la vettura fosse atta a superare le pendenze, e fosse della forza di otto cavalli, si trovano così poste in relazione fra loro da meritare di essere accertate colle prove per testi e perito proposte dall'attore, e come riformate in questa sede d'appello in capitoli che sembrano più opportuni e determinati. Pare alla Corte che tutti i capitoli della offerta testimoniale siano influenti ed ammissibili a chiarire la fattispecie, il che tutto si dica pure senza pregiudicare fin d'ora il merito della lite e le eccezioni della appellata.

Poichè le prove si ammettono, poichè appare un certo nesso fra le circostanze dedotte a prova, si accolgano adunque le prove nel più largo ambito nel quale vennero offerte, salvo e riservato ogni più attendibile apprezzamento delle rispettive ragioni ed eccezioni delle parti da farsi sulle risultanze che le stesse prove somministreranno.

Anche il quesito peritale è quindi da ammettersi nella sua integrità perchè così si estende il cómpito del perito ad accertare se nella macchina sussistono tutte le tre qualità che si dicono pattuite. L'appellente incidentale vorrebbe modificare il quesito peritale in quanto riguarda la velocità della macchina, ma non si vede che la modificazione abbia influenza, nè potrà al caso sfuggire al perito il senso di questa clausola del contratto come riportata nella *memoria* del contratto stesso, oltre che la parte appellata potrà essa farne un ricordo al perito, richiamandolo pure ad esprimere (in quanto riscontri nella macchina la mancanza di questa o quella qualità che dicesi stata pattuita) se ed in qual modo si potrebbe riparare di conformità la macchina per renderla conforme alle esigenze del contratto. Quanto al tenore di taluni dei capitoli per la prova testimoniale, dal momento che si ammette anche la prova peritale non è a temersi che i testimoni facciano da periti nella causa.

—

FIRENZE, 23 marzo 1901 — *Pres.* Bandini — *Est.* Cicori — Terrosi c. Capresi e Maccianti.

Gli oggetti preziosi trovati in una tomba antica costituiscono tesoro, nel senso ed agli effetti di cui all'art. 714 c. c. (1).

Si osserva che il concetto giuridico del tesoro, secondo il nostro codice civile, non è difforme da quello del diritto romano. La *vetus pecuniae depositio* di Paolo corrisponde perfettamente a quell'« oggetto mobile di pregio nascosto o sotterrato » di cui è parola nell'art. 714 del cod. civ., essendo noto che per le leggi 178 e 222 Dig. *de verb. signif.* « pecuniae nomine non solum numerata pecunia sed omnes res tam soli quam mobiles continentur ».

E che ciò sia, meglio ancora si rileva e spicca sempre più manifesto dalla legge unica, Cod. *de Thes.*, ove il tesoro è definito « condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia », la quale definizione fu presa si può dire alla lettera dal codice napoleonico e venne poi riportata nell'art. 685 c. c. alb., donde la trasse il codice civile italiano il quale con una disposizione più completa e corretta la ripetè nell'art. 714, in cui è detto esser tesoro qualunque oggetto mobile di pregio che sia nascosto o sotterrato e del quale nessuno può provare di esser padrone.

A costituire il tesoro adunque, secondo le definizioni ora accennate e che fra loro perfettamente collimano, si richiede il simultaneo concorso degli estremi seguenti, cioè: oggetto mobile di pregio, nascondimento o sotterramento di esso, padrone sconosciuto.

Questi tre estremi ricorrono indubbiamente nella specie, dappoichè gli oggetti per i quali si piatisce sono per loro natura mobili e di pregio, erano sotterrati e non se ne conosce affatto il padrone.

La verità di una tale proposizione è così certa ed indiscutibile che nemmeno si contrasta da parte del Terrosi, il quale, non potendo disconoscere che la letterale applicazione della legge porterebbe a risolvere la questione in esame contrariamente al suo assunto, ha cercato di allargare il campo della questione medesima deducendo a sostegno della tesi contraria da lui propugnata che il fondamento logico e razionale della ripartizione a metà delle cose costituenti tesoro altro non è che un temperamento equitativo per conciliare il conflitto fra il diritto del proprietario del suolo e quello del proprietario originario delle cose, in luogo del quale omai sconosciuto ed impossibile a determinarsi, si sostituisce l'inventore, concetto questo che non si adatta nè ad una tomba etrusca fatta per rimanere stabilmente e perpetuamente nel fondo, nè agli oggetti in essa esistenti che, secondo l'intenzione di chi ve li pose, formano omai un corredo inseparabile della tomba medesima senza che il proprietario originario di essi, in luogo del quale oggi sta l'inventore, intendesse di conservarne la proprietà, la quale perciò insieme con quella del fondo passò intera nei diversi proprietari di questo che da quell'epoca fino ad oggi si succedettero.

In questa proposizione per altro, che costituisce il fulcro della difesa del Terrosi e che anzi si può dire che nella medesima esclusivamente si sostanzia, si ravvisano più e diversi errori giuridici che facilmente si dimostrano e che rendono inattendibile la tesi con la medesima sostenuta.

Il concetto che la ripartizione a metà del tesoro sia un temperamento equitativo per conciliare il diritto del proprietario del fondo con quello del proprietario originario delle cose, è assolutamente erroneo come è un errore il dire che l'inventore rappresenta il detto proprietario originario e che in luogo di lui si sostituisce.

Ed invero il principio « qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum », che troviamo tradotto in legge nell'art. 440 nostro c. c., non è applicabile per nulla al tesoro il quale, come insegna il Dumoulin, « nullo modo est fructus fundi, nec naturalis, nec civilis, nec est etiam pars, nec portio aliqua fundi, sed res prorsus separata nihil cum fundo habens commune ».

Ed infatti se nel proprietario del fondo in virtù della estensione del suo dirito *usque ad inferos* si riconoscesse ancora la qualità di proprietario del tesoro, questo verrebbe giuridicamente a sparire, sussistendo solo ed in quanto sono *nullius* le cose che lo compongono, e non si saprebbe davvero comprendere come la proprietà di queste, che già avrebbero un padrone, si potesse acquistare dall'inventore per diritto di occupazione che può esplicarsi soltanto su quelle cose che non sono in proprietà di alcuno. E la verità di siffatta proposizione è confermata e ribadita dalla considerazione che se per avventura si venisse a conoscere il proprietario delle cose nascoste o sotterrate, questi potrebbe indubbiamente rivendicarle per intero anche dal proprietario del suolo, cosa che non potrebbe mai avvenire quando questi, in virtù del suindicato principio, ne avesse acquistato il dominio insieme con quello del fondo. D' altra parte poi insegna la storia che il *Divus Adrianus*, che fu quello che per il primo ripartì a metà il tesoro, vi fu indotto non già per conciliare opposti

(1) La sentenza, ora confermata, del Tribunale di Firenze, si legge in questo *Filangieri*, 1900, 783, colla nota.

diritti dei quali non esisteva conflitto, ma per una mera ragione di equità a favore del proprietario del suolo, cui nulla spettava per le leggi anteriori, non avendo alcun diritto proprio da esperimentare e non sembrando giusto che egli non dovesse per nulla fruire di quelle ricchezze che il suo fondo racchiudeva e che « ducente fortuna », furono da un terzo scoperte (1). E questa disposizione equitativa dell'imperatore romano che sempre vigeva nella legislazione giustinianea, dopo aver subìto nelle epoche successive, e specialmente sotto l'impero del diritto feudale, varie modificazioni, fu ripristinata nei codici moderni e così anche in quello italiano, che senza preoccuparsi per nulla del diritto del proprietario originario delle cose, omai sconosciuto ed impossibile a determinarsi, per ragioni d'equità attribuirono al *dominus fundi*, non già *ex iure soli*, ma bensì in contemplazione di questo, un diritto speciale tutto suo proprio che partecipa ad un tempo dell'accessione e dell'occupazione, in virtù del quale egli fa suo il tesoro che si trova nel suo fondo, per una metà se viene scoperto da un terzo per solo effetto del caso, per intero in qualunque altro caso.

E rilevato questo primo errore poche parole bastano per dimostrare il secondo, perchè dalla disposizione della legge e dai suoi precedenti storici chiaro apparisce che l'inventore acquista e fa sua la metà del tesoro per diritto proprio, *ex iure inventionis*, il quale altro non è che una delle forme del diritto di occupazione che, presupponendo come *nullius* la cosa che ne forma l'oggetto, contraddice assolutamente al concetto della rappresentanza dell'originario proprietario sul quale la tesi della difesa Terrosi si fonda. E allora se questo è, cade da per sè e perde ogni valore l'argomento che pel primo si adduce, che cioè il diritto dell'inventore vien meno tutte le volte che è dimostrato che l'originario proprietario nascose o sotterrò le cose perchè rimanessero perpetuamente ignorate coll'intenzione di spogliarsi della proprietà di esse, dappoichè una tale intenzione di cui il legislatore non si è affatto preoccupato, e che perciò è assolutamente inutile ricercare, non potrebbe mai paralizzare il diritto dell'inventore che, come è stato superiormente avvertito, ha un fondamento tutto obbiettivo ed affatto diverso derivante unicamente *ex facto inventionis* di una cosa *nullius*.

Se fosse altrimenti si verrebbe ad introdurre nella definizione del tesoro un nuovo elemento tutto soggettivo che il legislatore, come lo dimostra il silenzio in proposito serbato, non volle, e che porterebbe alla necessità di istituire una indagine per conoscere la causa del deposito per fare poi una distinzione fra deposito perpetuo e deposito temporaneo.

Ora è risaputo, e lo insegnano ancora riputati scrittori, che la causa del deposito è affatto indifferente e d'altra parte la distinzione di cui sopra, conseguenza necessaria di un'opposta teorica, andrebbe ad urtare contro i principî più elementari dell'ermeneutica, la quale insegna che « non est distinguendum ubi lex non distinguit ».

Nè più valido argomento è l'altro col quale si sostiene che non devonsi considerare gli oggetti indipendentemente dalla tomba che li conteneva, perchè a prescindere che in tal modo si tornerebbe a porre innanzi la causa del deposito e l'intenzione del deponente, è certo però che nell'attualità di tomba non è più da parlarsi. Ed invero il tempo che nel suo incessante e vertiginoso cammino a traverso i secoli tutto guasta e distrugge anche rispetto alle tombe antiche che, come quella scoperta da Capresi, trovansi sotterrate in luoghi di privata proprietà, non più destinati alla conservazione di esse, ha prodotto i suoi effetti deleteri facendo scomparire tutte quelle ragioni giuridiche e morali, in contemplazione delle quali la legge interviene e ne tutela la sua inviolabilità. La scomparsa degli antichi popoli e delle famiglie che li componevano, i cambiamenti di religione, di credenze, di usi e di costumi hanno tolto a quelle tombe tutti i caratteri tanto materiali che giuridici che valgono a caratterizzarle per tali.

Alle medesime omai più non si addice la definizione del sepolcro perchè ivi « non plus corpus, ossa hominis condita sunt », ridotto il primo a pochi pugni di terra che più non si distingue da quella del suolo con la quale è frammista, e non rimanendo delle seconde che pochi ed insignificanti frammenti totalmente fossilizzati, più non esiste di fronte ad esse quel sentimento mistico che unisce i trapassati ai viventi e che nella coscienza di questi forma la religione dei sepolcri che incute amore e rispetto per la memoria degli avi; non più un diritto privato da difendere, non un riguardo di famiglia da rispettare; non più infine ragioni di igiene da far valere perchè da quelle non è più da temersi lo sviluppo di ferali miasmi che possano compromettere la pubblica salute.

Esse adunque di fronte alla legge non sono nè possono essere più considerate come tombe, avendo fino da più secoli e mentre erano ancora sotterra nascoste all'occhio dell'uomo perduto quei caratteri che valgono a costi-

(1) Sulla *constitutio* od *oratio* di Adriano relativa all'acquisto del tesoro, v. da ultimo FERRINI, *Pandette*, pag. 359.

tuirle, ed è appunto per questo che quelle che appositamente od accidentalmente vengono ritrovate negli scavi che si fanno nei terreni che le ricoprono, si vedono in mostra nei pubblici musei esposte allo sguardo dei curiosi ed agli studi degli scienziati insieme agli oggetti di qualsiasi specie nelle medesime ritrovati, molti dei quali che già formarono oggetto di private contrattazioni arricchiscono ancora le vetrine nei magazzini degli antiquari che ne fanno pubblicamente il commercio, senza che mai sia passato per la mente ad un funzionario qualsiasi del P. M., sia pure il più rigoroso e zelante, di promuovere l'azione penale per violazione di sepolcro.

Tomba adunque, nel senso giuridico legale della parola, più non esiste. Ed allora come tenere uniti questi due elementi tomba ed oggetti? Per farlo occorrerebbe far ricorso alla causa del deposito, alla destinazione che agli oggetti fu data dal proprietario, ma è stato disopra dimostrato che nè all'una nè all'altra deve aversi riguardo agli effetti del tesoro.

Ma anche quando al vincolo intenzionale della prima originaria destinazione si dovesse risalire, potrebbe questo ritenersi tuttora esistente? Il tribunale, e con frase veramente felice, ebbe a dire che anche la destinazione delle cose ha un limite nel tempo e dura finchè può durare il rapporto fra chi volle quella destinazione e i suoi eredi e successori ed aventi causa.

« Nessuna volontà nè di un privato nè dello stesso legislatore, dice l'illustre professore Gabba, può dar legge ai posteri in perpetuo ». Se adunque il vincolo intenzionale che univa gli oggetti alla tomba non poteva essere eterno, se la volontà del deponente non poteva dar legge ai posteri in perpetuo, deve ragionevolmente e giuridicamente ritenersi che quel vincolo si spezzò e gli effetti di quella destinazione cessarono quando venne meno la causa per la quale fu fatta, vale a dire quando la tomba per effetto del tempo cessò di essere tale, tornando in quel momento gli oggetti in parola, ove per avventura l'avessero per una finzione di legge perduta, a riprendere la qualità di cose mobili che loro spetta per propria natura.

Nè vale l'invocare l'art. 414 c. c. che con un'ardita finzione giuridica considera come immobili per destinazione tutti gli oggetti mobili annessi dal proprietario ad un immobile per rimanervi stabilmente, dappoichè in primo luogo nella specie gli oggetti sopra indicati non furono annessi al fondo nè alla tomba per rimanervi stabilmente, ma furono collocati in quest'ultima in conformità degli usi e delle credenze dei tempi affatto incompatibili colla religione cristiana e colla moderna civiltà per rendere quel soggiorno più gradito alle anime dei defunti, ponendo presso le loro salme tutte quelle cose di pregio che a loro erano state più care mentre erano in vita, in modo che questi oggetti non vennero mai a formare un sol tutto colla tomba, ma rimasero sempre da questa materialmente e sostanzialmente distinti. In secondo luogo poi è certo che nonostante la destinazione del proprietario, gli oggetti di che all'art. 414 superiormente citato si considerano come immobili finchè rimangono uniti al fondo o all'edifizio cui furono annessi, ma riacquistano la loro natura non appena ne vengono separati. Laonde, ammesso ancora che quelli controversi fossero stati collocati nella tomba perchè ivi rimanessero in perpetuo, è certo però che appena quella tomba cessò di essere tale, anche gli effetti di quella destinazione vennero meno, essendosi verificata la separazione dall'immobile a cui furono annessi, avendo inteso il proprietario che al fine pietoso che sopra, i medesimi rimanessero a corredo della tomba e non già del fondo ove questa fu scavata, per la qual cosa con questo non ebbero mai *nihil commune* e vi stettero sotterrati come cose separate e distinte. Laonde sarebbe un errore, ed un gravissimo errore, il ritenere che la proprietà dei medesimi si sia trasferita, come l'appellante sostiene, nei diversi proprietari del fondo che si succedettero e così fino a lui per il solo fatto dell'acquisto di quello.

Del resto la conferma delle cose superiormente esposte l'ha offerta lo stesso Terrosi il quale tolse dal luogo ove si trovavano e trasportò in Firenze gli oggetti controversi, aumentando con questi il valore della sostanza mobile del suo patrimonio, in quanto che egli stesso riconosce ed ammette che i secoli trascorsi hanno tolto loro il carattere sacro ed hanno fatto cessare gli effetti della destinazione. Ed allora se questo è, ripugna alla logica, all'equità ed alla giustizia che gli oggetti medesimi debbano considerarsi come mobili per il proprietario ed immobili per l'inventore.

Sotto qualunque aspetto adunque si riguardi la questione, la tesi sostenuta dal Terrosi non può essere accolta non reggendo gli argomenti addotti a sostegno della medesima ad una critica rigorosa che dei medesimi si faccia alla stregua della legge e dei principî di diritto che la soggetta materia riguardano, mentre al contrario si fa sempre più manifesta l'applicazione al caso della definizione del tesoro come fu detto in principio e come i primi giudici pure ritennero.

Passando all'esame della seconda questione

osserva la Corte che tutto il momento della medesima si sostanzia nello stabilire come ed in qual senso debbano essere intese le parole « pel solo effetto del caso » che si leggono nella prima parte dell'art. 714 laddove si determina il diritto dell'inventore. Il significato letterale delle medesime non è dubbio e quando, secondo la loro connessione, si pongono in rapporto coll'intero contesto della disposizione legislativa, ben si comprende che le stesse si riferiscono esclusivamente al fatto del ritrovamento del tesoro nel fondo altrui ed esprimono con tutta chiarezza il concetto che il ritrovamento medesimo deve essere assolutamente casuale per parte del terzo, vale a dire che l'opera ed il lavoro di lui devono essere diretti ad un fine assolutamente diverso da quello di ricercare il tesoro.

E questa è pure la *mens legis* imperocchè lo spirito che anima quella disposizione altro non è che quello di tutelare il diritto di proprietà impedendo così che questo sia violato colla scusa di cercare tesori. In sostanza la privazione in tal caso del diritto alla metà del tesoro è una pena che viene inflitta all'inventore per aver violata l'altrui proprietà ed offeso così il diritto correlativo. Ed a conferma di ciò basta riportarsi alle antiche fonti del diritto perchè anche in questa parte il vigente codice civile è pienamente conforme al diritto romano.

Nella legge unica, Cod. *de Thes.*, già citata di sopra, troviamo chiaramente espressi i concetti surriferiti laddove è detto: « In alienis vero terrulis nemo audeat invitis immo non volentibus vel ignorantibus dominis, opes abditas sua nomine perscrutari. Quod si aliquis praeter huius legis tenorem, in alieno loco thesaurum scrutatus invenerit, totum hoc locorum domino reddere compellatur, et velut temerator legis saluberrimae puniatur ».

La perdita adunque della metà del tesoro scoperto è la pena in cui incorre il *temerator legis* per il suo fatto arbitrario e violatore del diritto altrui.

Ma la ragione della legge cessa quando non havvi nè arbitrio nè violazione di diritto, il che si verifica quando un operaio qualunque è chiamato dal proprietario del fondo ad eseguire in questo un lavoro preordinato ad un fine diverso da quello di scoprire cose sotterrate costituenti tesoro.

Se nell'esecuzione di questo lavoro egli fa una simile scoperta, questa avviene *fortuito* come dicono le istituzioni giustinianee, *forte* e non *studio perscrutandi*, come si esprime l'imperatore Leone con la sua costituzione; e queste espressioni, che si riferiscono all'opera e alla intenzione dell'inventore, equivalgono a quelle pel solo effetto del caso, usate dal legislatore italiano, senza che l'aggiunta della parola *solo* ne abbia modificato in senso più rigoroso il significato. L'intenzione del proprietario non ha nulla che fare, perchè non è da questa, ma dalla natura e dall'indole dei lavori e dal fine apparente dei medesimi che si stabiliscono i diritti del proprietario e dell'inventore.

Se i lavori che il proprietario fa eseguire sono diretti alla ricerca di cose sotterrate antiche, allora la proprietà della scoperta sarà intera del proprietario perchè l'operaio in tal caso non è che una *longa manus* di lui, ma se invece i lavori non sono fatti *studio perscrutandi*, ma ad uno scopo affatto diverso, in tale ipotesi se il ritrovamento avviene, non havvi davvero ragione di privare l'inventore di questo dono della fortuna e di togliere a lui quel diritto che per il fatto dell'invenzione fortuita gli spetta, allegando una intenzione che non si è giammai con fatti positivi e concreti manifestata.

Questi sono i principî che regolano la materia di cui si tratta e che sono suffragati non solo dalla giurisprudenza, ma anche dalla dottrina, essendo su questo punto concordi, si può dire, tutti gli scrittori.

Nella specie sta il fatto che Sabatino Capresi fu adibito dal fattore del Terrosi, come lavorante ad opra per scavare delle fosse onde proseguire una piantagione di viti che, incominciata vari anni avanti dai precedenti proprietari, si voleva portare a termine, e fu appunto nello scavare una di queste fosse che casualmente scoprì la pietra che ricopriva la tomba, nella quale gli oggetti controversi si contenevano.

Enunciato ed esposto in tal guisa il fatto, non può davvero cader dubbio che per parte del Capresi la scoperta avvenne « per solo effetto del caso », dappoichè egli come operante del Terrosi eseguiva quel lavoro di scasso *non studio perscrutandi*, ma con fine assolutamente diverso, quello cioè della coltivazione del fondo. Ricorre proprio il caso ipotizzato nell'ultima parte della legge unica *de Thes.*, superiormente ricordata, essendo stato il tesoro scoperto « arando vel aliam colendo terram », e non altrimenti.

Nè vale il dire al Terrosi che nel caso concreto la scoperta in parola non avvenne per solo effetto del caso perchè vi concorse ancora la volontà di lui che si desume dalla conoscenza che egli aveva della natura archeologica del terreno, essendone stato avvisato dal venditore al momento dell'acquisto che egli ne fece, dai continui ed annuali ritrovamenti di cose antiche e più specialmente quello avvenuto nell'anno precedente della così detta tomba del cane, dal modo speciale di lavorazione, fatta cioè ad

opra e non a cottimo come si suole comunemente praticare, dalla maggiore profondità data alle fosse ed infine dagli avvertimenti precisi dati agli operai di porre attenzione e fare noto tostochè qualche traccia di cose antiche si manifestasse al loro sguardo, dappoichè nessuna di queste circostanze nè prese separatamente, nè nel loro complesso considerate, valgono a sorreggere la tesi surriferita, non essendo atte a dimostrare che quelle fosse si facessero ancora al fine di ricercare oggetti antichi sotterrati.

Ed invero la conoscenza della natura archeologica del terreno, le precedenti scoperte di oggetti antichi sono fatti di nessuna importanza, non valendo di per sè soli ad escludere la casualità delle invenzioni successive avvenute per opera del bracciante impiegato nei lavori della coltivazione del fondo. D'altra parte se il Terrosi conosceva la natura del terreno e se si riprometteva di trarre, come trasse in passato, un vantaggio dalle cose antiche nascoste nelle viscere di esso, doveva a questo scopo far degli scavi e se invece preferì coltivarlo a vigna per non correre l'alea di fare delle ricerche inutili, deve ora necessariamente subire le conseguenze di un'alea contraria, di quella cioè di dividere col suo lavorante la metà degli oggetti da questo nell'esecuzione di quei lavori casualmente ritrovati. E se l'allegare la semplice volontà del proprietario, non susseguita dal fatto delle ricerche effettive, bastasse per escludere l'inventore da qualsiasi partecipazione, ognuno comprende come sarebbero facilmente frustrati e delusi i diritti di lui, che d'altronde se gli sono dalla legge concessi gli devono essere altresì mantenuti, senza che sia lecito al proprietario di distruggerli con una sua semplice affermazione.

L'avvertimento dato agli operai di fare attenzione e di far noto al sorvegliante tostochè qualche cosa antica si presenti al loro sguardo, è pure una circostanza del tutto indifferente perchè non cambia per nulla l'indole e il fine dei lavori effettuati a scopo di coltivazione e non di ricerche archeologiche.

Gli altri due fatti che si adducono, che cioè i lavori si facevano ad opera e non a cottimo e che le fosse si facevano eseguire ad una profondità maggiore di quella ordinaria, hanno un'importanza anche minore dei precedenti essendo, rispetto alla prima circostanza, risultato che se nella generalità dei casi i lavori della specie di cui si tratta si dànno a cottimo, pure non è infrequente il caso contrario, vale a dire che si prendano i lavoranti ad opera od a giornata, che dir si voglia, e di più il teste Barneschi indica le ragioni tutte peculiari e indipendenti affatto dalle ricerche di oggetti antichi, per le quali nel caso speciale si preferì questo sistema all'altro.

Senza quindi procedere ad una minuta analisi della prova testimoniale *hinc et inde* addotta, questo Collegio, dal complesso dei risultati di essa, si è dovuto convincere che i lavori che il Capresi eseguiva non avevano per nulla lo scopo di ricercare cose antiche nel terrapieno di Malacena sotterrate, ma bensì erano diretti unicamente al fine di « ivi piantare una vigna ».

Risolute in tal guisa le due quistioni nelle quali l'attuale controversia tutta si compendia, apparisce manifesto il diritto del Capresi, e per esso del suo cessionario Guido Maccianti, a conseguire la metà degli oggetti superiormente indicati e descritti, ricorrendo nella specie a di lui riguardo l'applicabilità del disposto dell'art. 714 c. c. per avere egli, nella esecuzione dei suindicati lavori, ritrovato per « solo effetto del caso » gli oggetti medesimi che costituiscono ai termini di legge un tesoro.

P. q. m., conferma, ecc.

—

TORINO, 15 dicembre 1900 — *Pres.* Avogadro — *Est.* Pesce = Bessé c. Boetti.

Il diritto acquisito per prescrizione di tenere un filare d'alberi a distanza dal confine minore di quella legale si estende ai nuovi alberi nati o piantati (1).

Venendo al secondo gravame, col quale si prospetta una vera e propria questione di diritto, non trova la Corte che esso abbia miglior pregio del primo. Qui, cioè, assume l'appellante, che, date pure le accennate risultanze di fatto, siccome però non sia la ceppaia, che per sè stessa possa valere e costituire la servitù di cui si tratta, ma sibbene le piante che ne sono il germoglio, le quali ove non abbiano una esistenza propria per un trentennio non possono servire di base all'acquisto del possesso prescrittivo, così quanto meno in questa parte la sentenza, col ritenere altrimenti, sia caduta in errore.

Ed in appoggio di codesta tesi esso appellante cita bensì sentenze ed invoca l'opinione di valenti scrittori sulla materia, tra i quali autori francesi, ma per quanto grave sia la questione ed al certo non scevra di difficoltà la sua soluzione, l'opinione prevalsa ed adottata dalla nostra giurispru-

(1) Cfr. Cass. Torino, 2 marzo 1900 in *Filangieri*, 1900, 612, coi richiami in nota.

denza si è sostanzialmente affermata in una distinzione, colla quale, non perdendosi di vista la nota massima « tantum praescriptum quantum possessum » là dove si presenti applicabile, si venne a rendere chiaro e certo il concetto giuridico che deve aversi nella soggetta materia. In sostanza, tal distinzione cui si è proceduto nell'intento di coordinare collo spirito della legge la tutela di non indifferenti interessi, è questa, e cioè che se si tratta dell'esercizio della servitù riguardo a piante isolate e singole, il diritto di mantenerle mediante il possesso trentennario deve ritenersi limitato alla loro esistenza, a tal che non possano essere legalmente surrogate quando per qualsivoglia causa più non esistano; e ciò per la ragione che morte od atterrate tali piante, la servitù per esse sia indubbiamente estinta. « Tantum praescriptum quantum possessum »; nè quindi possono essere con altre surrogate, poichè tale surrogazione si convertirebbe non altrimenti che in una novella piantagione od in altri termini in una nuova servitù, che mancherebbe degli estremi voluti dalla legge per mantenerli.

Ma se per converso si tratti di un insieme di alberi costituenti una collettività, o, come i romani dicevano, una *universitas rerum*, quali sarebbero le piantagioni di un viale, un filare di viti, oppure anche una spalliera di verzura in un giardino attaccato al muro del vicino, allora la servitù per prescrizione si esplica in altra maniera, e cioè per la sua indivisibile natura non si moltiplica già in tante servitù quante sono le piante che formano codesto ente collettivo, ma per il fatto che fu imposta in tale medesima collettività sul fondo servente, tutte esse piante investe nel loro complesso, ed è nella conformità stessa che il proprietario del fondo dominante vi esperisce i relativi suoi diritti, i quali essenzialmente consistono nel godimento della cosa nella sua effettività e carattere, così come ebbe ad essere oggetto della prescrizione.

In altri termini, il proprietario del fondo dominante che ha piantato sul suo suolo, non già semplicemente degli alberi sparsi, ma che ne ha fatto un piantamento coordinato con particolare concetto ad un determinato scopo, come frequentemente avviene nelle ville o nei giardini, allorchè per amenità o diletto si combina ad arte un insieme di piantagioni, è evidente che è su tale ordinato ed armonico insieme di cose, non sui semplici elementi che lo compongono che la servitù si è radicata e costituita coll'acquiescenza del proprietario del fondo vicino, malgrado la mancanza della distanza legale dal costui confine.

E così avveniva nella fattispecie, avvegnachè, come l'inchiesta testimoniale ha posto in essere, è in forma di *allea*, come concordemente i testi si espressero, che nel suo giardino il conte Boetti aveva costituito il piantamento di cui si tratta, quale cioè ornamento del medesimo, conchè stabiliva sul suo fondo precisamente quella collettività di cui superiormente si teneva parola, rispettata dall'avv. Bessè, proprietario del fondo contiguo.

Ora, come è risaputo, la vita vegetale degli alberi, come pianta, ha le sue vicende, ed è di maggiore o minor durata a seconda della loro natura o delle condizioni del suolo su cui si trovano: ma sia che essi alberi vadano soggetti a deperimento e muoiano, sia che per la loro particolare natura ne rimangano sul suolo le ceppaie o i vecchi tronchi donde sorgano nuovi germogli che cresciuti ridiventano alberi, mentre in questo ultimo caso non sono essi alberi che la riproduzione degli antichi e quindi la servitù non muti natura, ma continui ad essere quella di prima; nell'altro caso starebbe pur sempre ed ugualmente il diritto di surrogare detti alberi deperiti o morti con nuovi, purchè alla stessa distanza dal fondo del vicino, in quanto che anche qui in siffatta maniera non si farebbe che mantenere la servitù nel suo stato primitivo, senza cioè alcun aggravamento delle condizioni del fondo servente.

E se tutto ciò sta, come ognuno vede, la condizione della servitù di cui si tratta non è diversa, giacchè mentre il conte Boetti potrebbe surrogare nella sua allea gli alberi deperiti o morti che la formassero, per la stessa ragione ha diritto di mantenersi gli arboscelli di noccinolo sorti dai polloni o virgulti delle ceppaie che la costituiscono, i quali al postutto non sono che una rinnovazione naturale di quelli già in essa esistenti.

Conseguentemente, checchè si obbietti in contrario dall'appellante e siasi diversamente opinato da illustri scrittori, e prima d'ora tale anche sia stata la giurisprudenza francese, di fronte tuttavia ai ripetuti giudicati delle nostre Supreme Corti che proclamarono gli svolti principî, ha trovato questo Collegio di doversi ispirare ai medesimi, e di fare anzi plauso ai primi giudici che con retti criteri vi uniformarono la loro sentenza, per cui in sostanza il detto secondo gravame cade destituito di giuridico fondamento.

P. q. m., conferma, ecc.

Giurisprudenza Penale

a) CORTE DI CASSAZIONE.

3 luglio 1901 — *Pres.* Canonico — *Rel.* De Crecchio = Giuliani.

L'art. 122 c. p. non è applicabile alle offese recate alla memoria di un re defunto.

Giuliani Giuseppe venne dichiarato colpevole di avere con delle parole proferite nella sala di mensa delle guardie carcerarie di Piombino commessi due delitti, il primo di offesa alla memoria di re Umberto senza l'aggravante della pubblicità, il secondo di apologia di regicidio fatta pubblicamente, con circostanze attenuanti per entrambi. La Corte di Assise condannò il Giuliani pel primo reato a mesi 10 di detenzione ed a L. 416 di multa, non ostante che la difesa sostenne la inapplicabilità dello art. 122 c. p. al fatto ritenuto dai giurati, e lo condannò pel secondo reato a 2 mesi e giorni 15 di detenzione ed a L. 41 di multa.

Il condannato ricorre con tre mezzi:

Violazione e falsa applicazione dello articolo 122 c. p. in quanto con quest'articolo si punisce chiunque con parole od atti offende il re come capo dello Stato investito del supremo potere, ciò che non è più possibile, quando il re sia defunto.

A parte l'errore tutto di fatto non emendabile da questo Supremo Collegio, di essersi diviso in due il discorso in unico contesto tenuto dal ricorrente, rilevandone due distinti delitti, egli è evidente, in ordine alla ipotesi dell'art. 122 c. p., che ben altro avrebbe dovuto essere l'accusa da proporsi per le risoluzioni ai giurati. L'art. 122 garentisce la Maestà regia, come suprema forza morale dello Stato, dalle parole od atti che possono offenderle e recarle ingiuria, ma la offesa che la legge prevede e punisce nel citato articolo, è quella che si arreca in qualunque modo al sommo potere dello Stato, alla Maestà del re, cui è dovuta venerazione, non l'offesa alla memoria, per quanta venerata e compianta, di un re defunto, a meno che l'accusa non venga concepita in modo e la questione ai giurati profilata nel senso che una tale offesa sia ritenuta come un'ingiuria al Sovrano regnante. Ma, nella specie, l'accusa è stata ben diversa e non attagliavasi all'ipotesi dell'articolo 122, che è sotto la rubrica dei delitti contro i poteri dello Stato, i quali si trasmettono, ma non sopravvivono alla morte.

P. q. m., cassa, ecc.

---

13 giugno 1901 — *Pres.* Canonico — *Rel.* Grottola = U. Descir Mohammed.

Il R. D. di amnistia e indulto 11 novembre 1900 è applicabile anche nel territorio della Colonia Eritrea e nei distretti di Keren e Asmara.

Il Procuratore Generale presso la Corte di Ancona promosse dalla Sezione di accusa presso quella Corte la declaratoria di ammissione all'amnistia 11 novembre 1900 per 22 abitanti indigeni della Colonia Eritrea condannati a varie pene dal giudice regionale del distretto di Keren.

La Sezione d'accusa, con sentenza 18 aprile 1901, ritenendo che nel distretto di Keren non vigessero le leggi italiane penali e di procedura penale, che comprendono l'istituto dell'amnistia, ma norme locali, diverse da quelle leggi, dichiarò non trovar luogo a deliberare sulla richiesta d'ammissione all'amnistia.

Contro tale sentenza ricorre il Proc. Gen. per l'unico motivo che, sebbene non promulgati nel distretto di Keren, come leggi locali, i codici penale e di procedura penale italiani, pure, constando dell'applicazione di fatto dei codici medesimi, siccome risulta dalle sentenze di condanna dei 22 individui pei quali si chiede l'ammissione all'amnistia, così nello stesso modo che nella parte odiosa, pure in quelle favorevoli per principio generale di giustizia, debbono gli stessi godere della sovrana amnistia da quei codici preveduta.

Sta in fatto che con le sentenze di condanna venne applicato ai 22 indigeni della Colonia il codice penale italiano, e risulta

pure che, in virtù del detto decreto d'amnistia, vennero escarcerati tutti coloro per i quali la pena inflitta non superava i 6 mesi, ovvero quella che rimaneva ad espiare.

Diritto — Sull'unico mezzo del ricorso: Per l'art. 34 del R. D. sull'ord. giud. dell'Eritrea 22 maggio 1894, nelle zone di Asmara e di Keren i giudici penali nelle loro decisioni si debbono conformare, per quanto è possibile, compatibilmente con lo spirito della legislazione italiana, alle leggi tradizionali locali contenute sia nel Corano che nei Commentatori dell'Islam e nel Fata Negesti e Fata Negarè.

Sebbene non si sappia se in quelle raccolte di regole di diritto venga riconosciuto l'istituto giuridico dell'amnistia e dell'indulto, riconosciuto dalle leggi italiane, esso è più che compatibile con qualunque barbara legislazione, imperocchè il diritto di grazia nel Capo dello Stato risulta consacrato dalla storia delle più antiche e barbare nazioni.

Astrazione fatta da questa compatibilità, ove il decreto d'amnistia 11 nov. 1900 fosse stato promulgato nella Colonia Eritrea, non avrebbe nemmeno importanza l' indagine di vedere se le leggi locali della Colonia Eritrea riconoscono l'istituto dell'amnistia e dell'indulto. Infatti, manifestata la volontà del Re d'Italia e Capo della Colonia Eritrea di far fruire dei benefici del decreto 11 novembre 1900 anche gli abitanti della Colonia medesima, niente importa che dalle leggi sia riconosciuto l'istituto dell'amnistia, divenendo l'istituto medesimo anche ivi obbligatorio con la promulgazione del decreto relativo, importante esercizio del diritto di sovranità.

Nella specie risulta dai documenti della causa e propriamente dalle disposizioni delle autorità politiche e giudiziarie della Colonia, che anche ivi il decreto d'amnistia venne eseguito, ciò che fa presumere la sua promulgazione, non potendosi ammettere che quelle autorità senz'ordine del governo centrale abbiano tanto praticato.

Dei 22 abitanti della Colonia taluni fruiscono dell'amnistia con la cessazione di tutti gli effetti penali delle condanne subìte per riuscire le stesse inferiori a 6 mesi per le pene corporali, ed a L. 1800 le pene pecuniarie, ed i rimanenti fruiscono soltanto del condono di 6 mesi delle prime pene, essendo superiori a questa durata, il tutto giusta l'art. 3 del detto decreto.

P. q. m., cassa, ecc.

---

25 aprile 1901 — *Rel.* Ponticaccia = Foghini e altri.

Coll'art. 428 c. p. furono abrogate le leggi regionali in materia di caccia e quindi tutte le modalità da queste prescritte perchè il fondo si consideri riservato alla caccia, bastando all'uopo il divieto del proprietario e la apposizione delle tabelle (1).

Foghini Leonardo ed altri chieggono l'annullamento della sentenza del tribunale di Udine, del 17 febbraio 1900, colla quale, su dibattimento rinnovato, furono ritenuti colpevoli del reato previsto dall'art. 428 c. p. e condannati ciascuno alla pena della multa in L. 20 ed accessori.

I ricorrenti presentano un mezzo unico, sviluppato in memorie successive, ed assumono: violato l'art. 428 c. p. e la legge italica 13 febbraio 1804, l'art. 9 del decreto 21 settembre 1805. I conti Cornialdi, costituiti parte civile, con altre memorie a stampa resistono.

Il quesito è diretto a conoscere, se con la promulgazione del codice penale del 1889 siano, o non, coll'art. 428, abrogate le leggi regionali vigenti a quell'epoca in materia di caccia sui fondi altrui: e già questo Supremo Collegio, con recente sentenza, decideva come segue:

« Osserva la Corte, che indubbiamente la legge posteriore deroga all'anteriore in quanto disciplina la stessa materia.

« Ora è a deplorarsi che non siasi ancora promulgata una legge generale sulla caccia e che debbasi, in alcuni casi, ricorrere a quelle leggi antiche, emesse in tempi così diversi, sotto tanti aspetti, dagli attuali, ma è duopo vedere se, anche per il caso odierno, sia necessario ricorrere ad esse. Le leggi antiche, per considerare un fondo riservato alla caccia, richiedevano le due condizioni nella sentenza accennate, ma le nuove disposizioni dei codici civile e penale non richiedono che il divieto del proprietario e l'apposizione delle tabelle: escludono la necessità che il fondo sia recinto da muro od altro consimile impedimento, e la esclusione emerge dal non averne parlato, e dalla dizione dei due articoli, dai quali emerge, come bene espose il ricorso, che il 428 si deve intendere parli di fondi aperti. Ora, quindi, in tale punto particolare della materia sulla caccia, le nuovi disposizioni hanno indubbiamente derogato a quanto credettero di disporre nel 1826 e nel 1849 le notifica-

(1) Cfr. da ultimo stessa Corte, 25 aprile 1900 in *Filangieri*, 1900, 794, col richiamo.

zioni accennate, ed erronea quindi risulta la deliberazione della sentenza impugnata ».

—

2 aprile 1901 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Ponticaccia Rinaldi.

Non implica desistenza dalla sporta querela per adulterio la semplice riconciliazione dei coniugi (1).

Il III mezzo contiene una giusta censura. Era difficile enunciare che il codice penale vigente riconosce nella riconciliazione dei coniugi una desistenza presunta dalla querela già data; era altrettanto malagevole trovare un luogo dove sia scritto codesto modo tacito di estinguere l'azione penale o gli effetti penali della condanna già intervenuta; niente di ciò esiste. Per raggiungere talune idealità, d'ordine non rigorosamente giuridico, nè d'altra parte resistenti ad ogni sorta di critica, bisognava dunque immaginare nel legislatore una mente oltrepassante la codificazione, se non volevasi decidere al di fuori del diritto positivo; e quanto cotesta forma di ermeneutica sia pericolosa è inutile dimostrare: tende a correggere, non già ad interpretare. Nel codice del 1889 due volte soltanto al perdono supposto dal coniuge offeso si attribuiva efficacia: dove è colpita di decadenza la querela presentata dopo un certo tempo, dacchè l'adulterio era noto (art. 356 capov. I) e quando si dispone che la morte del coniuge querelante produce gli effetti della remissione (art. 358 capov.). Sono certamente due eccezioni ammesse malgrado il loro carattere restrittivo della libertà giuridica altrui, in omaggio al principio predominante di evitare, per quanto è possibile, lo scandalo congiunto all'esperimento del giudizio ed il disordine nelle famiglie. Ma il silenzio circa la riunione dopo la querela o dopo la condanna sarà tanto più coercitivo se guardasi alla legislazione cui la nuova succedeva. Il codice del 1852 all'art. 487 faceva facoltà al coniuge offeso « di estinguere gli effetti della sentenza, purchè acconsentisse a convivere col coniuge condannato », ma non attribuiva valore estintivo alla morte del querelante, come non restringeva nel termine il diritto di querela. Non volle dunque il nuovo legislatore, tacendo della riconciliazione successiva all'azione penale già messa in moto, concedere oltre i casi espressamente contemplati, nè ulteriormente diminuire le facoltà della parte lesa. La remissione è un diritto al pari della querela e deve constare della rinuncia ad entrambi, nei modi voluti dalla procedura (art. 117); all'infuori di siffatta manifestazione legale, il diritto permane quante volte non risulti per disposto tassativo di legge condannato.

P. q. m., accoglie il ricorso.

(1) In senso contrario, e più giustamente, secondo il nostro modo di vedere, Cass. 25 aprile 1898 in *Filangieri*, 1898, 712, coi richiami in nota.

—

26 marzo 1901 — *Pres.* Fiocca — *Rel.* Croce — Caroli.

La violenza carnale commessa sulla persona rapita è reato concorrente col ratto che va punito a sensi dell'art. 77 c. p. (1).

Il ricorso del P. M. deve riconoscersi appieno fondato. Il ratto e la congiunzione carnale sono due fatti ben distinti e indipendenti, potendo evidentemente l'uno stare senza dell'altro. E poichè gli atti di libidine, fra i quali è supremo l'anzidetta congiunzione, commessi in persona di giovane onestissima minore di anni 16, implicano la sua corruzione provista dall'art. 335 c. p., ed il ratto consensuale è previsto dal 341, segue che violate, con due fatti, due diverse disposizioni di legge penale, i reati erano due, e due pure dovevano essere le pene, oltre quella per violazione di domicilio, a tenore dell'art. 77 stesso codice. Nè osta che il ratto sia servito di mezzo alla corruzione, perchè era quello un mezzo intrinsecamente necessario, e tanto meno è considerato dalla legge quale elemento costitutivo dell'altro reato o circostanza aggravante del medesimo, come vuole il citato art. 77, onde possa ricorrere l'eccezione ivi espressa. E neppure vale l'obbietto che avendo il ratto, per dirsi tale nel senso di legge, il fine di libidine o di matrimonio, il compimento di quegli atti sia già compreso nel concetto del ratto stesso, del quale non sarebbe che il naturale esplicamento. Il fine di libidine sta nell'intenzione del rapitore per caratterizzare il delitto di rapimento, ma sino a che quel fine non sia raggiunto, la corruzione non v'è, ed intanto il ratto non cessa di esser tale. Tanto è vero che è pure prevista, giusta l'art. 342, l'ipotesi che la rapita si restituisca

(1) Cfr. Tuozzi, *Dir. pen.*, II, 553. Cass. 1.° marzo 1896 cit. dal Viazzi, *Ratto*, nella *Enc. giur.*, n. [illegible] Nello stesso senso la C. S. ha ritenuto il concorso del ratto colla corruzione di minori (sentenza 11 settembre 1897 in *Filangieri*, 1897, 870, col richiamo. Difformemente invece il Viazzi (l. c.) reputa applicabile alla specie l'art. 98 c. p.

senza aver commesso alcun atto di libidine sulla sua persona.

D'altronde il ratto può avvenire anche a fine di matrimonio, e niuno dirà che quel fine propostosi dal rapitore possa confondersi col fine effettivamente conseguito, senza del quale intanto il delitto di ratto sussiste.

Riflettasi inoltre all' assurdo che conseguirebbe dalla teoria dell'unico reato di ratto ammessa dalla Corte delle Puglie, cioè di vedere punita con maggior pena la semplice violenza carnale commessa su persona anche maggiore di età (art. 331), che la stessa violenza carnale congiunta al ratto di persona egualmente maggiore.

Del resto anche la relazione ministeriale comprova l'esattezza di quanto sopra si è discorso, dicendosi in essa che fu soppresso come superfluo l'art. 324 del progetto, dopo la disposizione generale dell'art. 77. E l'articolo 324 ritenuto superfluo sanciva appunto detto concorso, che fu invece inteso, regolato e mantenuto coll'art. 77.

Ed in questo senso si conferma la Corte, sebbene altra volta sia andata in avviso diverso.

—

22 marzo 1901 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Benedetti = Merlino.

Non commette il delitto di falso, ma semplice contravvenzione agli 5 e 11 della legge 22 luglio 1897, chi usa per una bicicletta il contrassegno vero, dello stesso anno, di altra bicicletta (1).

Il Procuratore del Re ricorre contro la suddetta sentenza e denunzia la violazione e falsa applicazione dell'art. 272 c. p., perchè la distinzione fatta dal Tribunale fra strumento ed impronta non ha riscontro nella legge, costituendo falsità tanto l'usare un'impronta dolosamente apposta, quanto il contraffare un bollo, ed in tesi subordinata era applicabile l'art. 274.

Il Merlino, avendo fatto uso per la sua bicicletta nel settembre del 1900 di un contrassegno vero di quello stesso anno che si era apposto ad altra consimile macchina, può rispondere di contravvenzione a norma degli articoli 5 e 11 della legge 22 luglio 1897, ma non di delitto ai sensi sia dell'art. 272, sia dell'art. 274 c. p., perchè le anzidette disposizioni preveggono due ipotesi di reato che sono ben diverse dal fatto in esame, cioè l'uso del bollo vero, ed è l'istrumento atto a riprodurre la relativa impronta, e l'uso di marca da bollo alterata, quale è quella su cui si è fatto scomparire il segno appostovi per indicare l'uso già fattone.

Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge. E mancando nel codice un'espressa disposizione che punisca il fatto di sopra indicato, non si può certo ritenerlo punibile per un' estensiva interpretazione dell'art. 272.

P. q. m., rigetta.

(1) In senso difforme, da ultimo, Cass. 14 ottobre 1899, in *Filangieri*, 1900, 313, colla nota.

—

18 marzo 1901 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Romano = Agnese.

Vi è nullità a sensi dell' art. 322 c. p. p. se dal verbale del dibattimento non risulti che dopo la ordinanza di procedersi a porte chiuse siavi stata ordinanza di riapertura delle porte al pubblico, nè che la sentenza sia stata pronunziata in pubblica udienza (1).

Pervenuto il verbale originale del pubblico dibattimento celebrato avanti la Corte di Genova, chiesto dal Supremo Collegio ad oggetto di constatare se, dopo l'ordinanza che dispose tenersi il dibattimento a porte chiuse per ragioni di pubblica moralità, al termine del dibattimento le porte furono riaperte al pubblico, o risultasse altrimenti che la sentenza fosse stata pronunziata nella pubblica udienza, come richiede l'art. 322 *sotto pena di nullità*, non risulta dal verbale medesimo che al termine del dibattimento vi fu ordinanza di riapertura delle porte al pubblico, nè che la sentenza fu dal presidente pronunziata in pubblica udienza. Imperocchè, dopo accennato all'interrogatorio dell'appellante, alle conclusioni della parte civile, alle requisitorie del P. M. e alle difese dell'imputato, si dice: la Corte si ritira per deliberare e *rientrata* dopo congruo tempo, il sig. Presidente pronunzia la sentenza, ecc. Più d'una volta il Supremo Collegio ha richiamato l'attenzione del presidente su questo proposito perchè provveda, nel caso in cui vi sia ordinanza di tenersi il dibattimento a porte chiuse, e che con nuova ordinanza, chiuso il dibattimento, si riaprano le porte al pubblico o che almeno risulti dal verbale che siasi ottemperato alla tassativa disposizione dell'art. 322 c. p. p., poichè altrimenti si presume che la sentenza sia stata pronunziata anche a porte chiuse, ciò che inficia di nul-

(1) V. in arg. Cass. 7 dicembre 1898, in *Filangieri*, 1899, 229, coi richiami in nota.

lità insanabile il dibattimento e sentenza come è avvenuto nella specie. E dovendosi per questo mezzo annullare la sentenza, si rende inutile la discussione dei mezzi di merito.

P. q. m., accoglie, ecc.

—

1.° febbraio 1901 — *Pres.* De Cesare — *Rel.* Adami = Perfetti.

Al porto d'armi senza licenza è applicabile soltanto la sanzione dell'art. 464 c. p., e non anche quella dell'art. 2 della legge sulle concessioni governative (1).

Il pretore di Anagni con sentenza del 8 febbraio 1900 condannò Domenico Perfetti per minaccie a mano armata, porto d'arma da fuoco senza licenza, e contravvenzione alla legge sulle concessioni governative alla pena di 100 giorni di reclusione e L. 60 di multa. Appellò il Perfetti, ed il tribunale di Frosinone, con decisione 22 novembre detto anno, in applicazione del R. D. di amnistia 11 nov. 1900, dichiarò condonati sotto la condizione di cui all'art. 7 dello stesso decreto, i tre mesi di reclusione inflitti al Perfetti per il reato di minaccie a mano armata, e dichiarò poi estinta l'azione penale per le contravvenzioni di porto d'arma ed alla legge sulle concessioni governative. Contro quest'ultima sentenza ricorre il P. M. per il seguente mezzo:

Violazione dell'ultimo capoverso dell'art. 3 del R. decreto 11 novembre 1900, inquantochè la sentenza, riguardo alla contravvenzione alla legge sulle concessioni governative, omise di aggiungere che l'amnistia è subordinata al pagamento della tassa entro tre mesi.

Il concetto da cui è partito il tribunale è incensurabile. L'ultimo capoverso infatti del citato decreto dispone: « che per le contravvenzioni di cui alle lett. *a*, *b*, *c*, *d*, l'amnistia non ha effetto se entro mesi dalla data del decreto non siano per qualsiasi motivo pagate le *tasse tuttora dovute*, e se inoltre, entro lo stesso termine ed in quanto sia possibile, non vengano adempiute le formalità prescritte ». Condizione dunque per imporre al contravventore l'obbligo di soddisfare la tassa, è che questa sia effettivamente dovuta. Se non lo è, non si può subordinare l'amnistia ad una condizione che non può avverarsi. Ora, in tema di porto d'arma da fuoco, non si comprende come possa parlarsi di debito di tassa. O vi è la licenza che autorizza il porto, e la tassa è stata pagata preventivamente; ovvero il porto è, come nella specie, abusivo, e non può esservi debito di tassa, perchè questa presuppone di necessità la concessione del porto dell'arma.

P. q. m., la C. S. rigetta, ecc.

(1) È una lodevole resipiscenza della C. S. — Si veggano le nostre note alle contrarie decisioni 4 maggio 1899 e 15 dicembre 1893, in *Filangieri*, 1899, 709 e 1894, 2, 159.

b) — CORTI D'APPELLO.

MILANO, 23 luglio 1901 — *Pres.* Lado-Manca — *Rel.* Desenzani = *ric.* Calderara.

L'imputato in confronto del quale siasi pronunciato dalla Camera di consiglio ordinanza di non luogo a procedere, può chiedere copia di tutti quelli atti del processo penale, che egli dimostri essere influenti a giustificare l'azione di danni contro il querelante od altri civilmente responsabili (1).

Dalla sanzione penale statuita dall'articolo 96 c. p. p., e dal combinato disposto degli art. 383, 423, 457, 459 e 463 codice stesso, scaturisce il principio che il canone della segretezza degli atti processuali cessa d'imperare ogni qualvolta l'istruttoria siasi definitivamente chiusa o con rinvio all'udienza, o con procedimento che non permette più la riapertura dell'istruttoria stessa, poichè tanto in un caso che nell'altro la ragione del segreto scompare.

Una volta quindi che si verifica una di queste ipotesi, deve essere lecito a chi alla istruttoria intervenne, sia colla veste d'imputato, sia con quella di parte civile, di prendere cognizione e copia degli atti processuali, perchè, come disse la Suprema Corte penale (sentenza 31 marzo 1890, ric. Carli. *Mon. Trib.*, 1890, p. 917), ha diritto di conoscerli.

Ove poi non siasi costituito parte civile chi rimase danneggiato da un reato, l'articolo 583 c. p. p. consente che gli si rilasci ugualmente copia della sentenza che gli aggiudicò dei danni, e tanto in dottrina che in giurisprudenza si ammette che tale disposizione sia applicabile anche per le procedure definite nello stadio preparatorio di

(1) Cfr. da ultimo MILANO, *Copia e collazione di atti* nella *Enc. giur.*, pag. 521. Veggasi pure Cass. 3 novembre 1897 in *Filangieri*, 1898, 229 col richiamo.

giudizio e senza essere portato a pubblica discussione.

Comunque sull'applicazione dei principî giuridici innanzi esposti ferva il giudizio nel campo scientifico e pratico, pure i più recenti responsi di questa Corte e delle consorelle di Torino, Brescia e Roma sono concordi nel ritenere che la retta interpretazione delle prementovate disposizioni di legge conduca per analogia a stabilire la massima di diritto che, chiusa un'istruttoria con ordinanza di non farsi luogo a procedimento per inesistenza di reato, competa tanto all'inquisito prosciolto, quanto alla parte civile la facoltà d'aver copia di quegli atti che possono costituire il fondamento per la tutela di sacrosanti diritti.

E per il riflesso che sarebbe illogico ed ingiusto che tale diritto di trarre copia degli atti si accordasse al giudicabile rinviato a dibattimento, e non a chi ottenne dichiarazione di insussistenza di reato nel corso dell'istruttoria, reputa questo Collegio di seguire la massima preindicata e di applicarla al caso in esame, constando appunto che il reclamante Calderara fu arrestato per tentativo di rapina e di estorsione, e che in suo confronto venne pronunciata ordinanza di non farsi luogo a procedere per inesistenza di reato.

Pertanto devesi ritenere che siasi errato dal tribunale nel negare al Calderara persino la copia dell'ordinanza che riconobbe la inesistenza di estremi di reato nel fatto pel quale erasi carcerato; ma da ciò non deriva che debbasi concedere il rilascio di copia di tutti gli atti processuali, non potendo egli (art. 583 c. p. p.) pretendere che la copia di quelli che possono servire di base e di dimostrazione alla più o meno fondata *actio damni* spiegata contro chi pretende sia incorso in colpa nel cagionargli l'onta di una preventiva carcerazione.

Tenendosi presente adunque lo scopo cui devono servire gli atti dei quali si chiede la copia, pare alla Corte che per nulla debbono interessare allo scopo stesso il certificato sanitario della querelante, la perizia relativa, le informazioni date dalla questura sul conto di esso Calderara e le conclusioni del P. M.

Così pure agli scopi sovraindicati potrà giovare la copia delle dichiarazioni della Derla Giuseppina all'ufficio di P. S., e non già le successive emesse al giudice istruttore.

Almeno per ora per nulla è giustificata la necessità di produrre tali documenti, e quindi non è lecito permetterne la divulgazione, mentre che degli atti è troppo palese l'influenza più o meno efficace che potranno esercitare sulla lite dal Calderara promossa.

Avv. **Arturo Vedani**, *resp.*

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.

SALVATORE COGNETTI DE MARTIIS.

Giovane ancora d'anni e d'ideali, improvvisamente si spegneva a Torino, nel giugno u. s., il prof. Salvatore Cognetti De Martiis, fra i più insigni economisti italiani. Nato a Bari il 19 gennaio 1844, laureato dall'Università pisana nel 1865, combattè, volontario garibaldino, nel 1866. Insegnò dapprima nell'istituto tecnico della nativa città, poscia in quello di Mantova dove rimase fino al 1878, quando ebbe la nomina di straordinario del corso di economia politica presso l'Ateneo torinese. Promosso, poco dopo, ordinario, tenne, fino alla morte, l'ambita cattedra cui dedicò tutta la sua attività, acquistandosi grandi benemerenze verso gli studi, affetto e simpatia dalla cittadinanza e dagli studenti. Lunga sarebbe l'enumerazione dei lavori editi dal Cognetti in questi trentatrè anni di insegnamento, dallo studio sulle *Attinenze fra l'Economia sociale e la storia* (1865) a quello su la *Mano d'opera nel sistema economico* (1901) che l'illustre Maestro dettava per la *Biblioteca dell'Economista* e che rimase, sventuratamente, incompleto. Opere pregievolissime sue rimangono le *Forme primitive nella evoluzione economica* (1881), il *Socialismo antico* (1889), il *Socialismo negli Stati Uniti d'America* (1891), *I due sistemi della politica commerciale* (1896), *Formazione, struttura e vita del commercio* (1898). Sopratutto diede amorosa cura a quel *Laboratorio di Economia politica* da lui fondato nel 1893, testè eretto in ente morale ed annesso all'Università e al Museo industriale di Torino. Scopo della geniale istituzione è di promuovere e agevolare l'applicazione della disciplina dell'esperienza allo studio della vita economica. Sorto da modesti principî, il *Laboratorio* ha ora, per merito del Cognetti, una copiosa suppellettile scientifica che ha giovato e gioverà non poco all'incremento degli studi economici. Il Cognetti fu anche giornalista: diresse (1870-1874) la *Gazzetta di Mantova* e pubblicò qua e là notevoli articoli sulle più importanti questioni politico-sociali, in ispecie sulle *Convenzioni ferroviarie;* appartenne al Consiglio superiore della P. I. e a quello di agricoltura, industria e commercio.

Salvatore Cognetti De Martiis.

Memorie originali

QUISTIONI SULLA PROVA TESTIMONIALE

Sommario.

§ 1. Se sia ammissibile la prova testimoniale per stabilire la simulazione fraudolenta. — § 2. Se, riunita una causa civile con una commerciale, la prova testimoniale diventi ammissibile illimitatamente. — § 3. Se sia capace di testimoniare il procuratore di una delle parti contendenti, dopo la revoca o la rinuncia del mandato. — § 4. Se possa testimoniare colui che ha fatto un'attestazione giurata sui fatti che sono oggetto della causa: valore probatorio dell'attestazione giurata. — § 5. Se dedotta la prova contraria su fatti nuovi, occorra l'ammissione della stessa per mezzo di ordinanza, anche in difetto di opposizione. — § 6. Se il giudice delegato possa risolvere tutte le eccezioni che vengono opposte alla esecuzione della prova testimoniale.

L'istituto della prova testimoniale, nella sua attuazione, suscita innumerevoli controversie, che è utile esaminare diligentemente colla scorta delle opinioni dei giuristi e delle decisioni dei magistrati, nello intento di eliminare o almeno diminuire le dubbiezze che, nelle lotte forensi, possono riuscire fatali all'esercizio e alla tutela del diritto.

Nella pratica professionale mi si affacciarono alcune interessanti quistioni sulla *ammissibilità* della prova testimoniale, sulla *capacità dei testimoni* e sul *termine* entro cui la prova deve essere eseguita e sui *poteri* del *giudice delegato* all'esaurimento della prova, e credo di far opera non del tutto inutile esponendo il risultato dei miei studi, sotto l'egida della modesta quanto savia sentenza: « *indocti discant, ament meminisse periti* ».

§ 1.

Se sia ammissibile la prova testimoniale per stabilire la simulazione fraudolenta.

Il nostro sistema probatorio è informato al principio, che la prova testimoniale è ammissibile sempre quando riesce o materialmente o moralmente impossibile il procurarsi la prova scritta (arg. art. 1348 Cod. civ.). A dir vero non è agevole il determinare i limiti entro i quali deve circoscriversi la impossibilità morale; ma la difficoltà dell'applicazione non infirma punto il principio che è, per sè stesso, razionale, indiscutibile.

Orbene, si trovano in questa impossibilità, sia pure morale, coloro che simulano una convenzione celandola sotto le apparenze di un'altra?

Non parrebbe, giacchè niente impedisce che, addivenendo al contratto simulato, essi facciano constare della loro volontà reale per mezzo di una scrittura. Diffatti la legge accorda pieno valore giuridico alle controdichiarazioni, ben inteso nei rapporti tra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale, non mai nei rapporti coi terzi (art. 1319 Cod. civ.).

Con tutto ciò è pacifico in dottrina (Mattirolo, V. II, § 345, 4.ª ediz.; Ricci, *Delle prove*, n. 167; Gargiulo, *Comm. art. 229*, § 6; Giorgi, *Obbligazioni*, I, § 417; Laurent, XIX, n. 580 e 591; Toullier, t. V, I, p. 173, n. 184; Aubry et Rau, t. III; Larombière, t. III, art. 1348, § 18) ed è ammesso da una autorevole giurisprudenza (Cass. Torino, 20 marzo 1874, § 765, nota 21, p. 347; 22 aprile 1875; 7 febbraio 1885 e 31 agosto 1888, *Giurisp. Tor.*, 1874, p. 466; 1875, p. 462; 1885, p. 245; 1888, p. 670; Cass. Roma, 12 marzo 1890, *Giurisp. it.*, 61; id. id. 6 luglio 1883; *Id. id.*, XXXVI, I, 1, 33; Cass. Napoli, 13 giugno 1881; *Id.* XXXIII, I, I, 498), che si può impugnare mediante la prova testimoniale una obbligazione risultante da scritto, quando si voglia stabilire che il consenso è stato estorto con raggiri o artifizî dolosi. Questo concetto è conforme a ragione e a giustizia, essendo intuitivo che, colui al quale è stato carpito il consenso mediante artifizî fraudolenti, era nella impossibilità di procurarsi la prova scritta dell'inganno di cui è rimasto vittima.

Dunque, se trattasi di simulazione semplice, le parti che vi hanno concorso non sono ammesse a constatarla col mezzo dei testimonî; lo possono invece nel caso di simulazione fraudolenta.

« Ma come si distingue la simulazione semplice da quella che è viziata dal dolo o dalla frode? », si domanda il Galdi (*Trattato delle prove*, V. I, § 751). Ed ecco come risponde: « Nel rapporto delle parti contraenti è il pregiudizio che una parte risente, il vero distintivo delle due specie di simulazione; questa conseguenza può e deve concorrere quando la simulazione sia stata provocata da raggiri dolosi, imperocchè, se non concorresse, verrebbe a mancare l'interesse di agire nella persona che si pretende ingannata dai detti raggiri. Infatti, quando questa non avesse risentito alcun pregiudizio dal contratto simulato, sarebbe inutile investigare se fosse stato il risultato di raggiri o maneggi dolosi ».

Nello stesso senso il Larombière (*Théorie des obligations*, art. 1348, T. III, § 209) insegna che la prova testimoniale è ammissibile sempre quando i raggiri fraudolenti sono stati la causa della simulazione ossia delle false enunciazioni contenute nell'atto scritto.

E il Dalloz (*Répert.*, v. *Obligations*, § 5942) in modo esplicito dichiara che la simulazione fraudolenta può essere provata con testimonî, anche da coloro che hanno preso parte al contratto, e cita, all'appoggio della sua opinione, una sentenza della Cassazione di Parigi delli 13 brumaio 1813.

Questi ragionamenti a me paiono inoppugnabili, perchè rigorosamente logici e giuridici. Eppure v'ha chi li combatte, osser-

vando che, sostanzialmente, con questa teoria si viene a distruggere, per mezzo della prova testimoniale, quel che fu accertato dallo scritto.

Ma o si vuol dire che non è lecito impugnare quel che risulta dall'atto pubblico tranne che inscrivendosi in falso contro di esso, ed è evidente che non può opporsi in questo caso la disposizione proibitiva della legge (art. 1317 Cod. civ.), perchè colla eccezione di simulazione fraudolenta si impugna non la sussistenza delle dichiarazioni emesse dal notaio riguardo ai fatti seguiti in sua presenza, ma la corrispondenza delle dichiarazioni fatte dalle parti al notaio colla realtà.

O si appunta di contraddizione l'impugnare come simulata la convenzione scritta e il sostenere come valida la convenzione che le parti avevano realmente in animo di contrarre, e si risponde che, proprio a questo scopo, venne creata la eccezione di simulazione e di frode, poichè, *non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur* (Leg. 3 Cod. *De contract.*) e, come dice il Fabro, *contractus simulatus valet secundum id, quod re vera actum est, si eo modo valere potest.*

Questa tesi venne da me sostenuta dinnanzi alla Corte d'Appello di Genova, e dalla stessa accolta colla sua sentenza del 7 settembre 1895 in causa Molinari c. Carena (*Temi Gen*, VII, p. 576). In essa si legge infatti che la prova testimoniale « è sempre ammissibile senza limite di valore, quando si tratti non di simulazione semplice, ma di simulazione che sarebbe stata effetto della frode, in altri termini si tratta di mettere in essere una frode, colla quale si sarebbe carpita una obbligazione, o una ricognizione di debito ».

§ 2.

Se, riunita una causa civile con una commerciale, la prova testimoniale diventi ammissibile illimitatamente.

L'ipotesi è antigiuridica, poichè il giudice, al quale fosse proposta la domanda di riunione di due cause connesse, appartenenti, l'una alla giurisdizione civile, l'altra alla commerciale, dovrebbe rigettarla (Cass. Roma, 11 aprile 1883, *Legge*, 1884, I, 619; Cass. Torino 10 maggio 1882, *Giurisp. Torin.*, 1882, 439; Id. id. 30 settembre 1884, 759).

Ma in oggi, avendo il magistrato doppia giurisdizione, non è improbabile che il caso si verifichi, per malizia di alcuna delle parti o per inavvertenza del giudice. E quando sia intervenuta la cosa giudicata, la questione può sorgere, e bisogna risolverla nel miglior modo possibile, per non dire nel meno cattivo.

Orbene, riunite le due cause, si pretenderà tenerle separate quanto all'istruttoria, ai termini, ai mezzi di prova? Ne nasceranno dei veri assurdi, poichè la stessa sentenza dovrebbe essere dichiarata impugnabile nel termine di 30 o di 60 giorni, secon-

dochè si volesse impugnarla nella parte in cui avesse risolta la questione commerciale o la civile.

Bisognerebbe dunque considerare le due cause come una sola, essendo impossibile scinderla in due e conservare a ciascuna di esse la sua individualità.

Ora se la prova testimoniale è ammissibile, secondo il parere del giudice, illimitatamente nei giudizî commerciali, pare a me che il beneficio della legge commerciale dovrebbe essere esteso a tutte le questioni che si presentano nelle due cause riunite, formanti un tutto insieme indivisibile. L'unione dei due giudizî non può aver recato pregiudizio a colui che poteva invocare l'ammessione della prova testimoniale illimitatamente nel giudizio commerciale, poichè non si possono pronunciare decadenze senza colpa, e non può dirsi in colpa colui che ha invocato la pronunzia del giudice in conformità della legge. In conseguenza bisognerà estendere il beneficio della maggior larghezza della prova, anche al giudizio civile.

§ 3.

Se possa testimoniare il procuratore di una delle parti in causa, dopochè gli è stato revocato il mandato, o esso vi ha rinunciato.

È intuitivo, per quanto nessun testo di legge lo dichiari, che chi è parte in causa non può intervenirvi come testimone. *Nemo testis idoneus in re sua intelligitur.* Per logica conseguenza deve dirsi incompatibile la qualità di testimonio, con quella di rappresentante legittimo di una delle parti. Difatti è universalmente ammesso, che non possono far testimonianza, perchè si identificano colla parte, il genitore, che esercita la pratria potestà, nelle cause della persona che vi è soggetta, il marito nelle cause relative ai beni parafernali della moglie, la moglie nelle liti relative alla dote e ai beni della comunione, il tutore quando rappresenta in giudizio il minore, il curatore speciale nominato da chi istituisce erede un minore, il protutore che rappresenta in giudizio il minore a causa del conflitto di interessi fra tutore e pupillo, i consiglieri comunali e provinciali in carica nelle cause del Comune e della Provincia, il curatore del fallimento e i mandatari generali e speciali pei fatti della loro gestione, e per ultimo gli avvocati ed i procuratori della lite.

Io faccio le mie riserve quanto all'avvocato, che ritengo sia oggezionabile, ma non incapace, non avendo la legale rappresentanza del cliente.

Per contro parmi non vi sia dubbio che il procuratore, immedesimandosi col cliente, non può fare testimonianza nelle cause nelle quali presta il suo ministero. Il dubbio nasce invece quando il procuratore, al momento in cui è indotto come testimonio, più non è mandatario della parte, o perchè gli fu revocato il mandato, o perchè vi ha rinunziato.

Veramente, cessando il motivo della incompatibilità — la rappresentanza del cliente — dovrebbe cessare la incompatibilità stessa. Di fatti il Ricci (*Proc. Civ.*, V, II, 7.ª ediz., § 81) opina essere ammessibile la deposizione del procuratore che abbia cessato dal suo ufficio. E questa tesi fu accolta da numerosi giudicati della magistratura italiana (V. App. Milano, 9 aprile 1880, *Mon. Trib.*, 1880, 370; App. Firenze, 2 settembre 1879, *Annali*, 1879, 370; App. Venezia, 22 luglio 1886, *Foro*, 1867, I, 1215; App. Torino, 21 dicembre 1877, *Giurisp. Torin.*, 1878, 126; Id. id. 30 giugno 1883; *Id. id.* 1883, 822; Id. id. 1889; *Id. id.* 1889, 675).

Senonchè fu osservato che la rinuncia al mandato o la revoca dello stesso potrebbe essere stata prodotta dallo intendimento di eludere la legge che ha stabilito tale incompatibilità, e si invocò la massima: *malitiis non est indulgendum.*

La giurisprudenza si affaticò a cercare una regola fissa, per giudicare se l'abbandono del mandato sia malizioso, e quindi renda il procuratore incapace di testimoniare nella causa, e credette di averla trovata nella prossimità della rinuncia al mandato e dell'esame del testimonio, nella mancanza di una ragione plausibile della rinuncia della revoca, e più ancora nel fatto che il procuratore abbia preordinata la prova sulla quale dovrebbe poi deporre, sottoscrivendo lo scritto col quale la prova fu dedotta, o quello con cui se ne sostenne l'ammissione.

Io non posso che sottoscrivere questa tesi, che ha l'appoggio di una autorevole giurisprudenza (App. Torino, 10 ottobre 1881, *Foro*, 1881, I, 1143; Id. id 20 marzo 1882; *Id.* 1882, I, 959; App. Milano, 26 gennaio 1886, *Mon. Trib*, 1886, 148; App. Geneva, 16 novembre 1880, *Temi Gen.*, 1881, I, 63; Id. id. 23 dicembre 1895, *Giurista*, 1896, 100; Cass. Torino, 30 dicembre 1892, *Giurisp. Tor.*, 1893, 216).

§ 4.

Se possa testimoniare colui che ha fatto un'attestazione giurata sui fatti che sono oggetto della causa.

Le attestazioni giurate sono di uso assai frequente, sia per creare una semiprova che giustifichi una domanda di ammissione al beneflzio del patrocinio gratuito, sia per stabilire, in via di presunzione, chi siano gli aventi diritto ad un'eredità, sia per impedire che coloro, che si indurranno poi in giudizio come testimonî, dimentichino i fatti ad essi noti, o si lascino indurre da altri ad alterare o tacere il vero.

Evidentemente questa specie di prova non è scevra di inconvenienti, e vi fu taluno che, dimenticando la massima: « *adducere inconveniens non est solvere argumentum* », sostenne che colui che ha rilasciato una dichiarazione giurata è diventato incapace a testimoniare in giudizio sugli stessi fatti. Si invoca a sostegno di questa opinione il precetto della legge, che non con-

sente si rinnovi la testimonianza giudiziale, a meno che la inchiesta sia stata dichiarata nulla per colpa del giudice, ecc. (art. 249 Cod. proc. civ.). Si invoca ancora il principio di ragion pratica, secondo cui, chi ha deposto senza le garanzie dalla legge stabilite per le testimonianze in giudizio, non è più libero di deporre schiettamente il vero, giacchè si trova vincolato a ripetere la sua prima dichiarazione, sia per tema delle sanzioni penali contro i falsi testimonî, sia per l'obbligo morale che ha ogni cittadino di mostrarsi coerente con sè stesso e fedele alla sua parola.

Fragili argomenti son questi, di qualche apparenza bensì, ma di nessun intriseco valore.

Anzitutto chi attesta un fatto dinnanzi al giudice col suo giuramento, non fa una vera testimonianza in giudizio. La prova testimoniale è preventivamente vagliata dal giudice, il quale l'ammette solo quando la riconosca influente sulla decisione della controversia. L'attestazione giurata, invece, è fatta unicamente dietro richiesta di una parte, e senza la previa autorizzazione del giudice.

La prova testimoniale si esplica col contradditorio della parte avversaria, l'attestazione giudiziale viene emessa dietro la semplice richiesta di una sola delle parti senza il contradditorio dell'altra. Senza ragione adunque si invoca la disposizione di legge che vieta la rinnovazione della prova testimoniale, poichè chi ha rilasciato una semplice dichiarazione giurata non ha fatto una vera testimonianza in giudizio. Oltrechè autorevoli scrittori (Mattirolo, II, § 613, 4.ª ediz.; Bianchedi, ivi citato) opinano che deve essere ammesso a deporre una seconda volta il testimonio, che spontaneamente si presenta al giudice per rettificare o completare la sua deposizione.

Non si comprende poi come abbia a meritar fede un testimonio che ha fatto una sola deposizione, e non la meriti più quando la ripeta una seconda volta in modo uniforme. Se fosse vera questa teoria, bisognerebbe praticarla anche al caso dell'annullamento della prova testimoniale per colpa del giudice o dell'usciere. E non c'è bisogno di dimostrare l'assurdità di una teoria che porta a così assurdi risultati.

Ma vi è un argomento che domina questa materia ed elimina ogni dubbio. Le incapacità non si presumono nè si argomentano per analogia: esse devono risultare da esplicita disposizione di legge (art. 4 disposizioni generali del Cod. civ.). Ora non vi ha nella legge alcun accenno o diretto o indiretto a questa causa di incapacità. Dunque essa non sussiste.

Non andrebbe lungi dal vero chi sostenesse, che i testimoni che rilasciarono spontaneamente una attestazione giurata, possono essere allegati a sospetto. Ciò sarebbe conforme alla tradizione legislativa. Difatti il Codice di procedura civile francese, enumerando all'art. 283 le varie categorie di persone che si possono oggezionare come sospette, indica anche « celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procés ». Si desumeva la

ragione di dubitare della credibilità di costoro, da una specie di parzialità addimostrata dal teste verso uno dei contendenti, dalla determinazione presa anticipatamente in favore di esso, e dall'ostinazione dell'amor proprio, che vieta di smentirsi (V. Bonnier, § 232; Toullier, t. V, p. 314; Dalloz, *Enquête*, p. 735).

La stessa disposizione venne riprodotta testualmente dal Codice di procedura civile sardo dal 1854 (art. 311, n. 5) e da quello del 1859 (art. 312, n. 6).

Ma la dottrina e la giurisprudenza, interpretando quelle disposizioni di legge, con una opportuna distinzione, dissero oggezionabili soltanto i testimonî che avessero in precedenza emesso spontaneamente delle dichiarazioni compiacenti, non coloro che avessero rilasciato dei certificati per ragion di ufficio. Ed io, esplicando tale concetto, aggiungerei, che non possono mai essere allegati a sospetto i testimonî che abbiano fatto un'attestazione giurata, poichè è mia convinzione che nessuno possa rifiutarsi, se citato dinnanzi al giudice, a dichiarare con giuramento quanto è a sua conoscenza. Sarebbe inconcepibile che la legge ammettesse questa specie di prova e poi negasse ai cittadini i mezzi legali per procurarsela. E se il teste citato non può esimersi dall'obbligo di deporre, non può dirsi spontanea nel senso della legge l'attestazione che egli fa comparendo dinnanzi al giudice, sia pure dietro semplice invito dell'interessato.

Senonchè tanto la legge francese che la sarda si limitavano a dichiarare che queste persone si potevano oggezionare come sospette, ma non le dichiaravano incapaci di testimoniare. Il Codice di procedura vigente, abbandonando il sistema pericoloso della enumerazione delle cause di sospetto, « non stabilisce alcuna causa di sospizione legale contro i testimoni, ma si limita a riconoscere nelle parti il diritto di proporre in modo specifico i motivi che possono rendere sospetta la deposizione di un testimonio, affinchè il magistrato ne tenga quel conto che crederà di ragione » (Relazione del Governo).

Nella peggiore ipotesi, adunque, si potranno allegare a sospetto i testimonî che avessero rilasciato in precedenza un'attestazione giurata, e meriteranno anche minor fede se la loro deposizione sarà divergente dalla dichiarazione giurata: ma non potrà dirsi che siano incapaci a prestare testimonianza.

Però, ammesso che l'attestazione giurata non possa equipararsi alla prova testimoniale, è giusta la domanda: a qual categoria di prova debba essa essere ascritta.

E noi, senza esitare, rispondiamo che essa non può essere considerata che come una presunzione semplice, ammissibile quindi solo quando lo sia la prova testimoniale.

E per vero, che cos'è una presunzione? La legge, con una espressione larga e generica la definisce: « la conseguenza che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto » (art. 1349 Cod. civ.). V'ha chi censura questa definizione perchè comprende anche le prove propriamente dette, ossia le *prove dirette*, e suggerisce quest'altra: « la supposi-

zione della verità di un fatto ignoto, che la legge o il giudice deduce per conseguenza indiretta da un altro fatto noto « (Ramponi, *Teorica delle presunzioni*, p. 5).

Comunque sia, è opportuno avvertire che, secondo l'interpretazione letterale, la legge non attribuisce valore giuridico alle presunzioni se non sono molteplici, oltrechè gravi, concordanti. Ma secondo la dottrina e la giurisprudenza, non è richiesta la molteplicità delle presunzioni. Infatti il Mattirolo (V. III, 4.ª edizione, § 454) scrive al riguardo:

« La pluralità delle presunzioni semplici doveva necessariamente apparire indispensabile, sotto l'impero di quella dottrina e di quella giurisprudenza, che procedeva secondo la massima: *unus testis, nullus testis* ». Ma in oggi noi sappiamo che tale massima è respinta dalle leggi moderne (Cass. Roma, 7 febbraio 1878, *La Legge*, 1878, I, 435; Cass. Torino, 22 aprile 1868; Id. 8 agosto 1882; Id. 12 marzo 1884, *Giurisp. Torin.*, 1868, p. 334; 1882, p. 687; 1884, p. 363). Ed anzi, poichè le leggi vigenti sembrano porre sulla stessa linea la prova testimoniale e le presunzioni semplici, dobbiamo conchiudere che per questa come per quelle non sussistono più gli ostacoli che impedivano al giudice di liberamente apprezzarle; che per conseguenza anche quando non esista che una sola presunzione, il giudice deve tenerne conto; e se gli risulti così grave, così *concludente* da apparirgli come sufficiente argomento di verità, egli può e deve accoglierla quale prova sufficiente, pronunciando in conformità della medesima la sua sentenza.

Ora è evidente che non si può negare il valore di una presunzione ad una dichiarazione giurata di varî cittadini, relativa a fatti precisi, dei quali essi fossero personalmente informati. Non è ragionevole il supporre che costoro abbiano mentito deliberatamente, superando il ritegno che deriva dal sentimento dell'onore e dal timore religioso oltrechè da quello della sanzione penale che accompagna le false dichiarazioni fatte dinnanzi alla autorità giudiziaria (art. 214 Cod. pen.). Ribadiamo dunque il concetto già enunciato, che l'attestazione giudiziale dev'essere equiparata ad una presunzione semplice.

§ 5.

Se, dedotta la prova contraria sopra fatti nuovi, occorre l'ammissione della stessa per mezzo di ordinanza, anche in difetto di opposizione.

La prova contraria è di diritto: lo dice chiaramente ed in modo esplicito la legge (art. 229 Cod. proc. civ.). E quindi, ammessa la prova principale o per sentenza o per ordinanza, resta ammessa implicitamente, *ope legis*, la prova contraria, senza che occorra la pronuncia del giudice. Nessuna dubbiezza può nascere al riguardo, quando trattasi di prova contraria diretta, di quella

prova cioè che consiste o nella negazione dei fatti enunciati nei capitoli di prova principale, o nella affermazione di fatti diversi, in aperta contraddizione con quelli. In questo caso è evidente che il termine, ordinario o prorogato, entro il quale deve seguire la prova principale, si applica anche alla prova contraria, per il principio di uguaglianza che deve essere sempre osservato in confronto delle parti litiganti. La difficoltà sorge allorquando colla prova contraria si vogliono provare fatti nuovi. In questo caso, la eguaglianza di trattamento, a rigore, non potrebbe praticarsi, se la prova contraria dovesse essere esperita nel termine della prova principale, perchè la prima può essere dedotta entro giorni quindici da quello in cui è divenuta esecutiva l'ordinanza o la sentenza che ammise la prova principale (art. 229 Codice proc. civ.), e quindi ove fosse stata dedotta, ad esempio, nel giorno quindicesimo, resterebbero solo quindici giorni per esperirla, anzichè trenta come per la prova principale.

Veramente questa obbiezione non mi pare decisiva, poichè colui, contro il quale fu dedotta la prova principale, poteva procurarsi le informazioni necessarie per formulare i capitoli di prova contraria sopra fatti nuovi, fin da quando ebbe la notizia della deduzione della prova principale; e quindi nello stesso giorno in cui gli fu notificata la sentenza o la ordinanza, che ammetteva la detta prova principale, poteva alla sua volta comunicare alla parte avversaria i fatti nuovi, sui quali egli intendeva che seguisse la prova contraria. Se il notificato vuole usufruire dell'intiero termine di giorni quindici accordatogli dalla legge per controdedurre, dovrà imputare a sè stesso, se gli rimane un termine minore per esaurire la sua prova. Tutto al più potrà trattarsi della differenza di un giorno, il che certo non produrrebbe una seria infrazione al principio della eguaglianza di trattamento delle parti contendenti.

E' dunque arbitraria la distinzione che si vorrebbe istituire tra la prova contraria *diretta* consistente nella negazione della prova principale, e la contraria *indiretta* che si concreta in fatti diversi, tendenti a distruggere il valore giuridico dei primi, poichè la legge eguaglia l'una all'altra prova, prescrivendo solo un termine diverso per dedurla, ed è noto che *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* Conseguentemente male a proposito si invoca la disposizione degli articoli 206 e 181 Cod. di proc. civ., secondo i quali per l'ammissione di qualunque mezzo di prova le parti devono provvedere dinnanzi al Presidente, il quale, se le parti non sono d'accordo, le rinvia al Tribunale per la risoluzione dell'incidente, poichè questa procedura è stabilita per la prova principale che deve essere ammessa dal giudice (dal Presidente in caso di accordo delle parti, o dal Tribunale in caso di disaccordo), non per la prova contraria che è ammessa di diritto (art. 229 Cod. proc. civ.).

Appena è necessario avvertire che questi ragionamenti presuppongono l'adesione tacita od espressa alla ammessione della prova dei fatti nuovi, poichè, qualora essi venissero impugnati, bi-

sognerebbe seguire la procedura ordinaria, e la decorrenza del termine sarebbe regolata dalla disposizione dell'art. 233 Codice proc. civ.

Ma i fautori della opinione contraria oppongono che l'ammissione di una prova testimoniale implica una questione di ordine pubblico, che richiede l'intervento del giudice, non essendo sufficiente a rendere ammessibile una prova la mancanza di opposizione della parte contraria, ossia l'accordo delle parti, come insegnano la dottrina e la giurisprudenza concordi (Vedi Giorgi, *Obligazioni*, I, § 403; Mattei, *Comm. Cod. proc. civ. sull'art. 229;* Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, I, p. 1.ª, § 122; Ricci, *Comm. Cod. proc. civ.*, VI, § 423; Id., *Delle prove*, § 158; Chironi, *Istituzioni*, I, § 97; Borsari, *Comm. Cod. civ. ital*, 1345, § 3307 in fine; Gargiulo, *Comm.*, art. 229, II, p. 202; Cass. Torino, 16 giugno 1869, *Giurisp.*, 1869, 533; Id. id., 31 dicembre 1886, *Id. id.* 1887, 306; Id. id., 12 febbraio 1899, *Legge*, 1889, I, 372; Id. id., 20 luglio 1890 e 11 settembre 1891, *Giurisp.*, 1890, 632, 1891, 736; Cass Firenze, 17 novembre 1873, *Annali*, VII, I, 36; Id. id. 9 dicembre 1884, *Legge*, 1885, I, 332; Cass. Roma, 19 giugno 1876; *Legge*, 1876, I, 866; Id. id. 9 novembre 1887, *Legge*, 1888, I, 113, Cass. Napoli, 1.° marzo 1884, *Legge*, 1884, II, 89; Id. id. 7 gennaio 1891, *Legge*, 1891, II, 49).

Ne inducono quindi che, se il Tribunale che ha ammesso la prova principale, ha implicitamente ammessa anche la prova contraria diretta, lo stesso non può dirsi quando la prova contraria include fatti nuovi, che non poterono essere presi in esame dal Tribunale. Per cui si rende necessario il provvedimento del giudice, che determini se realmente i fatti nuovi siano oppur no contrarî all'ordine pubblico.

A questo argomento, indubitatamente grave, non danno risposta, per quanto io sappia, gli scrittori di procedura che propugnano la nostra tesi (Mattirolo, Cuzzeri, Galdi), e i magistrati che l'hanno sanzionata colle loro decisioni. Eppure questa risposta parmi si possa darla, e in modo esauriente.

I fatti nuovi, che sono dedotti come formanti materia di prova contraria, o hanno relazione coi fatti dedotti a prova in via principale, oppure no. Se hanno relazione con essi, sono già stati implicitamente presi in esame dal giudice che esaminò la prova principale, ed ammettendola, esso riconobbe che non involgevano alcuna quistione afferente all'ordine pubblico. Se poi non vi hanno relazione, sono manifestamente inconcludenti, e quindi la parte avversaria ha tutto l'interesse di opporsi alla loro ammissione.

Nell'un caso, la cosa giudicata garantisce dal pericolo che si facciano prove su fatti contrarî al buon costume, alla legge e all'ordine pubblico.

Nell'altro caso la acquiescenza, tacita od espressa, della parte avversaria, fa presumere l'influenza della prova sulla controversia a risolversi. Che se anche si verificasse l'ipotesi peggiore, della ammissione cioè di una prova inconcludente, siccome la qui-

stione non uscirebbe dall'ambito dell'interesse privato, male si invocherebbe la mancanza dell'intervento dell'autorità pubblica.

Per ultimo, non è fuor di luogo l'osservare che il legislatore ha circondato di molteplici cautele la prova testimoniale, che ritiene molto pericolosa: e quindi ha limitato il diritto di servirsene ed ha stabilito un termine assai breve, entro cui deve essere esperita. Questo termine è di giorni 30 per la prova principale, salva la facoltà di chiedere una proroga, quando concorrano giusti motivi.

Ora se, quanto alla prova contraria riguardante fatti nuovi, bastasse il farne la deduzione entro i quindici giorni da quello in cui è divenuta esecutiva la ordinanza o la sentenza che ammise la prova principale, senza altro vincolo quanto all'esaurimento di essa, colui che l'ha dedotta potrebbe attendere il giorno della discussione della causa di merito nei procedimenti sommari, o la vigilia del giorno in cui la causa di merito sarebbe per restar ferma a ruolo nei procedimenti formali, per chiedere al Tribunale o promuovere la citazione dinanzi al Presidente, allo scopo di far ammettere la prova contraria.

Ognun vede come questa interpretazione urti manifestamente contro lo spirito della legge che mostrò tanta sollecitudine nel far esaurire nel più breve termine possibile la prova testimoniale che costituisce un semplice incombente del giudizio.

Questa tesi è propugnata dal Mattirolo (Vol. II, § 456, 4.ª ediz.); dal Cuzzeri (*Commento al Cod. di proc. civ.*, art. 229) e dal Galdi (*Delle prove*, § 805), e venne accolta anche da numerosi giudicati (App. Genova, 2 maggio 1890, *Temi Gen.*, 1890, p. 425; Id. id., 25 ottobre 1896; *Id. id.*, VIII, p. 620; Id. id., 25 dicembre 1896; *Id. id.*, IX, p. 24; App. Brescia, 1.° luglio 1868, *Annali*, II, 2, 408; App. Firenze, 16 settembre 1870; *Id.*, IV, 2, 411.

Cass. Torino, 13 luglio 1878; 30 gennaio 1879; 14 settembre 1883; 29 ottobre 1885; 2 settembre 1887 e 17 ottobre 1895; *Giurisp. Tor.*, 1878, p. 561; 1879, p. 189; 1833, p. 1086; 1885, p. 668; 1888, p. 49; *Giurista*, 1895, p. 418.

Cass. Roma, 30 dicembre 1889, *Legge*, 1890, I, 690; Id. id., 8 luglio 1892, *Sinossi*, S. II, fasc. 38, art. 229.

L'opinione contraria è abbracciata dal Ricci e dal Gargiulo; ma è degno di nota che entrambi, nel sostenerla, si mostrano titubanti, poichè adoperano la espressione « ci sembra », la meno adatta ad esprimere una vera convinzione scientifica.

§ 6.

Se il giudice delegato possa risolvere tutte le eccezioni che vengono opposte alla esecuzione della prova testimoniale.

La legge attribuisce al giudice delegato la facoltà di dare i provvedimenti necessari per l'esecuzione della prova, salvo alle

parti il reclamo al Tribunale nel termine di giorni tre, termine che non occorre osservare, quando il giudice abbia ecceduto i limiti delle sue attribuzioni (art. 209 Cod. proc. civ.).

Ora, quali sono le attribrzioni del giudice delegato?

Opinano taluni (Ricci, II, § 45; Mattirolo, II, § 300) che esse siano limitate alla semplice istruttoria, alla materiale formazione della prova, senza estendersi al diritto delle parti a far seguire la prova medesima, alla decadenza da tale diritto, alla ammessibilità delle domande da rivolgersi ai testi, alla capacità dei medesimi, controversie queste che, quando siano sollevate, devono essere deferite alla decisione del collegio delegante.

La opinione contraria, sostenuta dal Gargiulo (*Commento art. 209*, § II), trova appoggio anzitutto nella lettera della legge, la quale non fa distinzioni tra le quistioni relative alla istruttoria e quelle riferentisi al diritto della prova, ed è noto che *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. E trova sussidio anche maggiore nello spirito, nella ragione della legge. Infatti l'istituto dell'esecuzione della prova testimoniale è inspirato al principio della massima severità. E di vero, il termine dell'esperimento di questa prova è fissato dalla legge a 30 giorni (art. 232 Cod. proc. civ.), e non può essere prorogato se non quando vi concorrano giuste ragioni (art. 246), e per una sola volta, salvo il caso di forza maggiore o di consenso dato dalle parti personalmente (art. 47). Dal provvedimento emanato dal giudice delegato si deve reclamare entro tre giorni (art. 209) e il giudice può ordinare l'esecuzione provvisoria dello stesso non ostante il reclamo (Ibid.). Ora la sollecitudine del legislatore rimarrebbe senza effetto se, ad ogni minimo incidente, si dovesse sospendere la prova, per attendere la decisione dell'autorità giudiziaria, dinnanzi alla quale pende la causa di merito. E chi ha esperienza di cose giudiziarie sa quanto siano frequenti questi incidenti, massime per quel che riguarda la ammissibilità delle domande da rivolgersi ai testi. Bisogna inoltre tener conto della possibile mala fede delle parti, e allora si comprenderà facilmente che il legislatore non può aver lasciato aperto l'adito ad un artificio, che protrarrebbe indefinitamente la decisione della lite, essendo manifestamente efficace il rimedio della condanna alle spese dell'incidente.

Cospirando sempre allo stesso fine — la rapidità dell'esaurimento della prova — il legislatore affidò al giudice delegato il potere di rimuovere gli ostacoli che tendessero a ritardarne lo esperimento, senza però pregiudicare i diritti delle parti. Infatti il provvedimento del giudice delegato, sia dichiarato esecutorio oppur no, ha sempre un carattere provvisorio, poichè può essere impugnato dinnanzi ai giudici del merito.

Questo diritto di reclamo, che costituisce una garanzia per le parti, serve ad un tempo di ammonimento al giudice, perchè usi rettamente del potere concessogli dalla legge. Ma ad ogni modo l'utilità del provvedimento del giudice non può essere messa in dubbio, poichè, dovendo lo stesso essere motivato, molte volte

vale a far ricredere la parte che ha sollevato l'incidente, per leggerezza od ignoranza, e può abbandonarlo, non notificando il reclamo entro i tre giorni.

Questo sistema adunque concilia il principio della speditezza dell'esecuzione della prova colla tutela dei diritti delle parti. Diffatti questa garanzia sussiste tanto col reclamo delle parti ai giudici del merito contro il provvedimento del giudice delegato, quanto colla rimessione loro ai detti giudici, mediante ordinanza di rinvio. Perchè non si deve dimenticare che il collegio delegante giudica in primo grado, sia sul reclamo dal provvedimento quando sia emanato, sia sull'incidente insorto e ad esso demandato. Così giudicò la Corte di Appello di Genova colla sua sentenza delli 23 giugno 1893 (*Temi Gen.*, V, 465), nè conosco giudicati contrari, nè opinioni di scrittori.

Fu detto in contrario, con ragionamento specioso, ma punto giuridico, che il giudice unico sarebbe incompetente a giudicare di una controversia eccedente le L. 1500 di valore.

Anzitutto, non si decide il merito della causa, risolvendo una questione relativa alla prova. Ma, quel che più monta, il provvedimento del giudice delegato non costituisce una vera pronuncia. Se esso non è impugnato, giova a troncare il dissidio fin dal suo nascere. Se poi è sporto il reclamo, decide della controversia in primo grado il collegio delegante.

Questa dottrina adunque, che concilia tutte le esigenze, senza creare inconvenienti notevoli, è di gran lunga preferibile all'altra, che sacrifica ad un rigido formalismo l'interesse beninteso dei litiganti. Non posso nascondere però, che la giurisprudenza, in ordine a questa quistione, è assai divisa.

Stanno per la prima opinione le seguenti sentenze: App. Genova, 10 ottobre 1894, *Temi Gen.*, VI, p. 630; Id. id. 23 dicembre 1896; *Id. id*, 1897, p. 24; Id. id. 15 maggio 1897, *Id. id.*, IX, p. 190.

Cass. Firenze, 28 maggio 1883, *Foro it.*, 1893, 1, 343.

Stanno per la seconda le seguenti: App. Venezia, 29 ottobre 1878, *Temi Ven.*, III, 573; Id. id., 24 luglio 1879, *Id. id.*, IV, 407; Id. id., 13 dicembre 1883; *Id id.*, XIV, 149; Id. id., 28 febbraio 1890, *Giurisp. ital.*, 1890, 465; App. Genova, 23 giugno 1893, *Temi Gen.*, V, 465; Cass. Firenze, 27 gennaio 1876, *Foro it.*, 1876. 1, 343; Cass. Torino, 7 settembre 1878, *Gazzetta legale*, 1878, 315,

E' notevole però l'evoluzione fatta dalla Corte di appello di Genova e dalle Corti di cassazione di Firenze e di Torino, verso la teorica da me propugnata.

AVV. G. REBAUDI.

LA SCUOLA ITALIANA
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Prolusione al corso di diritto amministrativo, letta nella Libera Università di Ferrara (Anno scolastico 1900-1901).

Eccellentissimo signor Rettore,
Signori,

La commozione che mi invade e che ognun comprende non esser oggi solita frase di incominciamento, ma cosa vera e sentita, mi impedirebbe di parlar qui, in un luogo dove tante memorie solenni si impongono e persone così autorevoli mi ascoltano, e in un momento, nel quale il sogno più dolce della mia vita sta per farsi cosa reale. Ma ritornare nella Università dopo esserne per fine di studi con dolore uscito, e ritornar nel tempio del vero, dove l'abitudine della ricerca comune unisce amorevolmente giovani e maestri, è al mio commovimento un dolce conforto. Non mi illude la nuova forma che mi riapre le porte di questo tempio, perchè io vi vengo per imparare ancora e per studiare ancora; qui, più che altrove, sento come una voce, che confortandomi, dice: Parla, perchè qui v'è libertà di pensiero, e benevolenza di ascoltatori.

A voi, signor Rettore; a voi, pubbliche autorità di Ferrara, presento il saluto dell'animo mio devoto e grato; perchè è per voi che il mio costantemente perseguito desiderio di viver nella scienza si appaga, in una forma che supera per onori i meriti miei, ma cui corrisponde una ferma volontà di dedicarmivi con tutte le forze.

E' per voi che io posso con la gioia dello scopo raggiunto mandare di qui un reverente saluto di affettuosa riconoscenza ai miei maestri di Genova per la scienza cui mi hanno innamorato; per gli aiuti che mi hanno dato; per gli auguri che nel mio partire di là con cuore di padre mi hanno fatto. Ed un saluto io rivolgo ai giovani studenti di questa Università, i quali troveranno in me non il maestro che detta il vero, ma un amico che con essi lo ricerchi e studi.

1. — E molto da ricercare e da studiare v'è, o signori, nel territorio del diritto amministrativo, non solo per la difficoltà ad ogni scienza comune, ma ancora per il particolare momento nel quale questo diritto, e come scienza e come norma pratica, si trova; a segno che di ogni altra ricerca è necessaria e preliminare questa: qual'è il posto che l'amministrativista ha nel consesso delle scienze giuridiche private e pubbliche? e qual'è il metodo

di sua ricerca? e la scuola italiana, che in altre parti, come nel diritto romano, già è grande, che lavoro ha qui fatto? e con quali previsioni si accinge a farne attorno al diritto amministrativo?

E il pensare lungamente a queste cose mi persuase che nessun tema sarebbe stato più adatto a dar a voi un'idea di me e più opportuno a dar principio al mio corso, di quello che importasse l'esposizione sintetica del contenuto del diritto amministrativo, e del metodo di studio che più gli è adatto.

La mia determinazione divenne poi decisa, quando mi accorsi che la trattazione di questo tema avrebbe avuto due conseguenze benefiche: l'una di dar fin d'ora una lucida idea della importanza straordinaria, e non da tutti sentita, di questo ramo del diritto; l'altra di rinvigorire in voi, giovani, il sentimento di fiducia e di ammirazione per l'ingegno italiano, del quale noi per i primi si suol fare senza ragione così poco conto.

Non mi parve allora, e non mi pare ora opportuna una monotona esposizione storica di ciò che suol chiamarsi l'evoluzione del diritto amministrativo; cosa facile a farsi se la si intendesse semplicemente come l'esposizione cronologica di fatti e di date; cosa invece impossibile, se la si intenda come l'esposizione del continuo derivare di questa scienza, perchè mancano nel modo più assoluto nella dottrina del diritto pubblico quei sostanziosi lavori, di cui è stata così ricca la dottrina privatistica del secolo che muore.

2. — Sulla organizzazione amministrativa del popolo romano sono noti i lavori del Mommsenn e del Marquard, nei quali però inutilmente si cercherebbero le basi giuridiche del diritto amministrativo romano: essi sono l'esposizione sapiente di questa organizzazione, e saranno la base di fatto per tutti gli studi *giuridici* che sono di là da venire. Nello stato attuale della dottrina non è possibile dire a che punto di consistenza giuridica sia arrivata la amministrazione pubblica di Roma. Eppure appare al primo vedere che molti punti del Digesto, ed in modo particolare il libro 50, sono campi vergini e fecondi di studio in ordine alla concezione giuridica degli ente pubblici amministrativi; delle cariche ed impieghi pubblici; delle costituzionalità e legalità della legge e degli atti amministrativi. E se è vero che la formula romana — *lex est quod principi placuit* —, a volerla accettare così come generalmente la si accetta, è la negazione del diritto pubblico modernamente inteso, non è ardito il dire che la disciplina giuridica romana degli enti amministrativi locali possa esser fonte non disprezzabile di utili ammaestramenti.

Per dire poi una parola sola di tutta la elaborazione giuridica medioevale ciascuno comprende quale inesauribile fonte di osservazioni debba essere l'organizzazione della chiesa, costituita con una ferrea gerarchia, garantita da azioni e da ricorsi che hanno grande analogia con le azioni ed i ricorsi odierni, specialmente in ordine al rapporto del pubblico impiego: e quale valore tradizionale per noi debba avere la gloriosa storia dei nostri comuni.

3. — Nondimeno la dottrina, più recente e più stimata, porta la origine del diritto amministrativo nei tempi più vicini a noi; in quelli cioè che succedettero immediatamente alla rivoluzione francese; quando, trionfato il principio della libertà politica, si sentì il bisogno di garantire ai cittadini la libertà civile. Le due idee si succedettero nella storia così come il diritto amministrativo succede al diritto costituzionale nell'ordine logico dei concetti (1).

Sorto il bisogno di una costituzione che determinasse il diritto dello Stato di fronte alla illimitata libertà dei privati, o che, come vuole un'altra autorevole scuola, segnasse allo Stato con criteri di giustizia paragonati allo scopo le autolimitazioni alla sua assoluta sovranità, nacque, come frutto necessario della forza vitale delle cose, il diritto costituzionale, affermatosi ormai con principî universalmente accettati e su basi essenzialmente giuridiche.

Ed è dalla sintesi del contenuto giuridico del diritto costituzionale. che bisogna partire per avere il concetto del diritto amministrativo.

Ora, mentre le ricerche intorno alla natura; alla essenza; alla necessità; ai fini dello Stato furono oggetto di [illegible] studi in ogni periodo della civiltà, lo studio dello Stato [illegible] acquistato carattere giuridico se non in questi ultimi te[illegible]

Ed è stato frutto benefico degli studi positivi quell[illegible] che dalle concezioni arficiose e forse esagerate dello Stato come di un ente organico e realmente esistente, intorno alle quali ha sistematicamente lavorato quella scuola germanica che prese appunto il nome di *scuola organica*, si salì alla concezione fondamentale della personalità giuridica dello Stato, che è stata la base della scienza essenzialmente giuridica del diritto pubblico (2).

Il diritto costituzionale, per la voce del Gerber, del Laband, dello Iellinek, del Rehme, e presso di noi dell'Orlando, del Grasso e di tutta la nostra dottrina ci afferma che lo Stato è una *persona giuridica* (3).

E dico *persona giuridica* e non semplicemente *persona*, in-

---

(1) Cfr. ORLANDO, ***Primo tratt. di dir. amm.***, Milano 1899 e seg., I, pag. 43: « In Francia, storicamente, il diritto amministrativo si elabora nei primi anni del secolo presente e si afferma con manifestazioni scientifiche verso il 1820. Questa prima constatazione cronologica deve ora completarsi con l'esame delle cause storiche e sociali che determinarono l'origine di quella scienza. Qui calza il ***post hoc ergo propter hoc***; dappoichè, mentre quelle origini cronologicamente seguono la grande rivoluzione e lo stato napoleonico, in questi due grandi fatti storici si trovano i più importanti coefficienti scientifici della nuova scienza.... Anche in Germania le origini del diritto amministrativo si riportano ai principii del secolo presente ». E questa fu assai più che una coincidenza cronologica, come io affermo, quantunque mi voglia guardar bene dal cadere nell'errore, già da molti rimproverato all'ORLANDO, e non giustamente, « di credere che il diritto amministrativo derivi dal diritto costituzionale, sicchè quello non possa intendersi senza di questo ».

(2) Del succedersi delle varie scuole di diritto pubblico, dalla teocratica alla giuridica, già ebbi ad occuparmi altrove. Cfr. ***Contributo alla determinazione giuridica del rapporto di impiego nel diritto amministrativo***, nella ***Riv. ital. di scienze giuridiche***, vol. XXIX (1900), fasc. 1.º-2.º, cap. I.

(3) Per la bibliografia vedi op. cit. alla nota precedente, cap. I, nn. 1, 2, 3, 4.

tendendo semplicemente affermare la personalità del o Stato nel campo giuridico, e lasciando impregiudicata la questione se esso debba riguardarsi come un organismo reale e vivente (1).

4. — « Dal diritto costituzionale lo Stato viene fuori come persona viva, che pensa, che vuole, che può ».

Questa grande persona giuridica che ha per suo fine il mantenimento e la perfezione dell'ordinamento sociale per mezzo del diritto, come conseguirà il suo scopo?

Lo studio dell'attività dello Stato diretta al conseguimento del suo fine, è l'oggetto del diritto amministrativo.

Ognuno comprende che fino a che lo Stato fu concepito come l'emanazione della volontà del suo capo assoluto, non era possibile un diritto amministrativo nel senso vero di queste parole. La filosofia politica, e le teorie più astratte del diritto naturale e l'economia politica potevano dar suggerimenti all'imperante, non fornir le basi di un diritto dell'amministrazione: era insomma possibile far della filosofia o della scienza dell'amministrazione, non del diritto.

Occorreva tutto lo sviluppo del diritto pubblico e del diritto costituzionale in specie, fino alla affermazione della teoria dello *Stato di diritto* (*Rechtstaat*), perchè l'attività dello Stato potesse dirsi giuridicamente disciplinata.

Quando questa affermazione, per merito precipuo della dottrina germanica, fu solennemente pronunciata, il diritto amministrativo sorse con tutta la vitalità di cosa giovane in un terreno vergine. La Francia ebbe una produzione, meravigliosa per vivacità se non omogenea per metodo, e offrì, come dice l'Hauriou (2), uno spettacolo curioso per uno storico, ripetente quasi il lavoro dei giureconsulti antichi e dei glossatori intorno ad un sistema inorganico di leggi e a decisioni di consessi amministrativi che dalla necessità delle cose si sforzavano di risalire a norme generali di disciplina giuridica. A questo periodo di elaborazione e di incubazione appartengono i lavori del Macarel; del Cormenin; del De Gérando; del La Ferrière (3), i quali per un glorioso periodo di più che mezzo secolo, con acutezza e con sapore giuridico, organizzarono la confusa materia del diritto amministrativo.

La Germania, seguendo un metodo più sistematico aggirantesi intorno al concetto dell'autorità suprema dello Stato, creò

(1) I nostri scrittori di diritto si fermano ormai alla affermazione della personalità giuridica dello Stato, senza preoccuparsi di indagare quale organizzazione, dirò così, fisica sia il substrato di questa personalità giuridica. Cfr. ORLANDO, op. cit., pag. 17: « La scienza giuridica, col procedimento giuridico che le è proprio, può solo arrivare ed arriva all'affermazione della personalità giuridica dello Stato ». Cfr. pure quanto in proposito osservai nella mia citata monografia: *Contributo*, ecc., cap. I, nn. 1, 2, 3; recentemente il RAGGI (*Filangieri*, 1900, fasc. 11): « Lo Stato è per noi un prodotto naturale e necessario della evoluzione sociale, come la famiglia, la gente, il *clan*, da cui si differenzia in quanto è fornito di una personalità ».

(2) HAURIOU, *Precis de droit administratif*, 2.ª ediz., Parigi 1893.

(3) MACAREL, *Les elements de jurisprudence administrative*, 1818; CORMENIN, *Questions de droit administrati8f* (1822); DE-GÉRANDO, *Institutes*, 1829-30.

tutta una dottrina amministrativa che fu a ragione definita un modello di statolatria: e questa dottrina ha per fondamento il trattato del Mohl sul diritto pubblico del Würtenberg, pubblicato nel 1829, che il Löening potè dire « esser uno dei migliori, pubblicati nella materia del diritto amministrativo ».

I caratteri che distinguono la scuola francese da quella germanica, e le ragioni che determinarono questa diversità, furono magistralmente rilevati dall'Orlando, là dove parla del *sistema* del diritto amministrativo nel primo libro del suo recentissimo ed ancora incompleto *Trattato*. In Francia è un grande sforzo di far rientrare nelle caselle preparate dal diritto privato casi e rapporti raccolti dalla pratica delle cose amministrative; ed è più spesso un lavoro superficiale a base di concetto di analogia che un lavoro sostanzioso di costruzione giuridica: in Germania è una elaborazione faticosa di un sistema che troppo spesso astrae dalla realtà delle cose.

L'Italia per speciali ragioni di condizioni politiche, e per benefico influsso della potente sua tradizione giuridica, diede subito frutti che meravigliano ognor più lo studioso, che col calmo senso critico di chi ha già un ordine di idee preparato ormai da una quasi secolare elaborazione scientifica, valuta e pondera con giusto apprezzamento idee e sistema.

Dinanzi alla grande difficoltà di riassumere e dimostrare il grande valore della dottrina italiana, diffusamente illustrato ormai dagli studi del De Gioannis, del Meucci, dello Scalvanti e del Tommasini (1), mi sia lecito ricordare il giudizio sintetico che ne dà l'Orlando: « Nelle origini sue », egli dice, « il diritto amministrativo si afferma in Italia in maniera che tempera con felice armonia le opposte tendenze della scuola francese e di quella germanica; e se si abbia riguardo alle condizioni stesse in cui la scienza si svolgeva e al grado ancora primitivo del patrimonio di cognizione onde poteva disporre, si può affermare che essa nasceva fra noi con un organismo più saldo e più completo di quello che non si riscontra nè in Francia, nè in Germania » (2)

Viene primo in ordine di tempo il Romagnosi con i suoi *Principî fondamentali di diritto amministrativo*, nei quali, senza il potente aiuto di quella pratica giurisprudenza che fornì l'ordito alla scuola francese e senza l'appoggio di quella tradizione sistematica che guidò la scuola germanica, ha tentato una costruzione giuridica della pubblica amministrazione che genialmente si ispira a principî fondamentali del diritto, coordinati felicemente a ciò che egli chiama la *ragione pubblica;* egli intuiva con ciò il sistema che avrebbe poi resa forte e grande la scuola italiana. E nessuno potrà negare un grande valore, più che sto-

---

(1) De-Gioannis, *Corso di dir. pubbl. ammin.*, Firenze 1877, § 148 e segg.; Meucci, *Istituzioni*, Torino 1893, pag. 17; Scalvanti, *Indirizzo del dir. amm. ital.*, Bologna 1891; Tommasini, *La nozione del dir. amm. nell'opera di G. D. Romagnosi*, Parma 1892.

(2) Orlando, op. cit., pag. 48-49.

rico, a quella parte più propriamente giuridica dell'opera sua dove tratta dei limiti di competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa, alla quale materia dedica tutto il libro quinto dei suoi *Principî*.

Dopo il Romagnosi, e con maggior plauso, vengono ricordati il Manna, che nel 1840 pubblicò il « Diritto amministrativo nel regno delle due Sicilie », dove già era stato accolto nelle sue fondamentali basi il sistema amministrativo francese; e il Rocco che dal 1850 al 1854 pubblicò il suo « Corso di diritto amministrativo ».

Ed un altro nome, che io non posso mai ricordare senza un senso di profonda riverenza, è quello del Meucci che da più che un quarto di secolo ha con una sintesi giuridica maravigliosa riassunte le instituzioni del diritto amministrativo, determinando decisamente l'indirizzo della scuola italiana.

5. — La quale, forte di già di nomi celebrati, ha portato da noi tutto il ricco patrimonio della dottrina germanica; lo ha elaborato; lo ha fatto suo per via di una trasformazione assimilatrice.

E la scienza nostra ha ben definito il suo punto di partenza, abbandonando tutte quelle ricerche astratte tradizionali che sono state a lei non inutili soltanto, ma dannose, ed accettando dalle scienze affini gli ultimi resultati come presupposti e come postulati.

Per ciò non affatica più la mente dell'amministrativista il problema su la natura dello Stato; perchè egli ai fini suoi può prescindere dalla ricerca, tutta propria delle scienze naturali e sociali, sulla costituzione organica dello Stato in un essere realmente vivente. Dal diritto costituzionale, da cui lo Stato, ripeto, esce fuori come persona che vive, che vuole, che può, esso accetta la concezione dello Stato come personalità giuridica, e la sua organizzazione giuridica, minutamente svelata dallo studio anatomico che questa scienza ne ha fatto. Ed è il funzionare di questa persona che egli studia ed indaga (1).

La persona dello Stato ha un' attività giuridica. Il diritto, che le attività giuridiche tutte comprende e disciplina, abbraccia nel suo dominio anche quella dello Stato; la afferra; la fa sua; la sottopone alle sue norme; e, prendendo parvenze e atteggiamenti nuovi, ma rimanendo uno nella sua sostanza (2), si esplica in

---

(1) Rinvio a questo proposito il lettore alla monografia del GRASSO, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale ed il rapporto tra lo Stato e il cittadino*. Genova 1898, pag. 95 e seg. — Vedasi inoltre GERBER, *Gründzuge des deutsch. Staatsrecht*, 1880, 3.ª, appendice II, *Die Persönlickheit des Staats*.

(2) Su i rapporti intercedenti tra diritto pubblico e diritto privato è uscita, quando questo mio lavoro già era pensato e fatto, la interessante monografia, già citata, dell'amico valoroso L. RAGGI (*Filangieri*, n. 11, pag. 801 e seg.). Osservo sin d'ora come il RAGGI non voglia ammettere tale identità di sostanza tra diritto pubblico e privato: egli si limita ad osservare che « sono possibili dei rapporti tra di essi, proposizione questa che analogamente puossi ripetere in tutto il campo delle classificazioni scientifiche: una è la vita, una è la scienza, *uno è pure il diritto*; tra i diversi rami della vita, della scienza e del giure si stabilisce quella connessione

un sistema speciale determinato dalla sua speciale finalità; e questo è il diritto amministrativo.

Ma questo nuovo ramo del diritto è pur sempre un ramo del grande albero dell'unico e solo diritto; dal tronco principale riceve vita, sostanza, caratteri e le leggi supreme e uniformi della sua esplicazione.

Mai come oggi fu sentito che il diritto è uno, si chiami diritto civile; o diritto commerciale; o diritto marittimo; od anche diritto amministrativo. È grande risultante di più grande lavoro questa di avere tutte le forme speciali del diritto riunite ai principî generali, come atteggiamenti diversi di una medesima cosa. Il diritto privato ha già toccato questo altissimo punto della sua elaborazione oggi, in cui la disciplina degli istituti giuridici commerciali e marittimi si riannoda storicamente e logicamente con le norme generali del diritto romano e del diritto civile, felicemente interpretanti la rigida formula dei nostri codici mercantili. Ed è per noi spettacolo molto significativo quello di vedere, che la relazione ufficiale italiana presentata al Congresso di diritto marittimo di Parigi tratta i più discussi e i più pratici problemi di asssistenza e di salvataggio marittimo con i principî fondamentali del mandato e della *negotiorum gestio* (1).

E' dunque supremamente vero anche nel diritto il grande principio, e nell'ordine materiale e nell'ordine concettuale già universalmente accettato, che cioè in una massa caotica di sostanze o di idee si opera inizialmente un processo di differenziazione il cui ultimo risultato è la riduzione a quell'unità omogenea che tutte ricollega tra di loro le cose differenziate.

6. — Per virtù di questa concezione cessa di aver sostanziale importanza la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, tradizionalmente accettata come ad indicare due cose in antitesi tra di loro (2).

---

che necessariamente ed *a priori* deve argomentarsi dal complesso unitario d'una massa di fenomeni che pur avendo delle *differenze sostanziali* hanno pure delle *indeclinabilità* identiche ». Ognun vede come l'autore qui giuochi un po' troppo con un'alternativa di dare e trattenere, che nuoce alla precisione del concetto e che non trova poi serio fondamento nelle sue argomentazioni, come avrò a dire più tardi.

(1) *Congrès intern. de droit maritime*, Paris, 1-3 oct. 1900. *Règles uniformes sur l'assistance maritime et le sauvetage*; Rapport par M. CAVERI et P. COGLIOLO, Gênes, 1900. Cfr. COGLIOLO, *Note minime di diritto marittimo*, Genova, *Casaregis*, 1900, fascicolo XIX-XX.

(2) Di ciò ebbi già ad occuparmi: cfr. la monografia già citata, *Contributo alla determinazione giuridica*, cap. I, nn. 6, 7 e 8. Il RAGGI però con la citata monografia torna su l'argomento: ed è mio dovere il tener conto del suo lavoro. Egli premette che « qualunque norma giuridica, benchè diretta semplicemente al regolamento di un rapporto tra singoli, implica in sè l'esercizio di due diritti, originanti due rapporti che si svolgono in due direzioni principali e divergenti. Un lato della norma opera tra lo Stato ed i singoli; un altro lato della stessa ha la sua diretta efficacia solo tra i singoli compresi nello Stato ». E traduce questa idea nella immagine di due superfici circolari, l'una all'altra sovrapposta, delle quali la superiore rappresenta lo Stato e la inferiore l'unione dei cittadini: « le rette che uniscono tra di loro questi punti corrispondono ai rapporti e diritti tra i singoli; le perpendicolari che cadono da un punto qualunque della superficie sottostante sulla superficie statuale sovrapposta corrispondono ai rapporti e diritti tra singoli e Stato ». A prescindere dalla esattezza di questa figura, essa in sostanza vuol tradurre in forma mate-

Certo la lotta per avvicinare il diritto pubblico al diritto privato fu grave; e gli scrittori italiani, specialmente i più giovani, attratti dall'esagerato sistema autoritario tedesco, hanno cercato reagire contro la tendenza che in loro stessi prevaleva.

Ma la lotta è cessata oggi per aver noi compreso che questo avvicinamento dei due rami del diritto non era avvenuto per via di una constrizione meccanica, ma era invece l'effetto naturale dello svelarsi delle affinità e delle somiglianze, proprie di discendenti di un medesimo stipite.

E non sarà senza piacevole vostra soddisfazione che io rievocherò in voi il ricordo di casi in cui la dottrina del diritto pubblico ha con lento progredire tracciato lo svolgimento delle idee su questa via che pare ormai fatalmente segnata a tutte le teorie amministrative.

Primo tra questi casi è, per la vivacità della lotta, cui ha dato origine, e per il completo sviluppo che ha ormai avuto nella dottrina, quello dei diritti pubblici subiettivi (1). Alla prima loro concezione come di mere facoltà, successe quella che li definì come interessi legittimi, cui la legge in qualche modo provvede, ma nega loro quella che è caratteristica dei veri e propri diritti: l'azione. Ma il progredir delle idee fondamentali del diritto pubblico; l'istituirsi ovunque, e presso di noi in modo speciale, di corpi amministrativi decidenti su la legittimità ed anche su la bontà degli atti della pubblica amministrazione; e finalmente l'affermarsi di una ognor più autorevole giurisprudenza che riconosce azione a questi interessi legittimi; tutte queste cose assieme

---

riale l'idea non nuova ed elementare, che cioè perchè un diritto esista, è necessario il precedente suo riconoscimento per parte dello Stato: la qual cosa già l'A. aveva detto con le parole: « la norma che regola l'attività dei singoli verso una data direzione o un dato scopo nella vita sociale, può esser identica alla norma giuridica, *ma non può chiamarsi tale finchè non avvenga il riconoscimento di essa per parte dell'organizzazione statuale* ». Ma questa rappresentazione figurata di un concetto esatto tradisce l'A., quando dal fatto che il circolo rappresentante lo Stato è sovrapposto a quello rappresentante i singoli, si crede autorizzato a dedurre che il soggetto *Stato* deve giuridicamente considerarsi superiore agli altri soggetti di cui protegge la volontà. Ora a me pare che nè l'immaginosa concezione dei due circoli, nè l'affermazione esatta della necessità del riconoscimento statuale del diritto giustifichino questa superiorità del soggetto *Stato* sul soggetto *singoli*. In cosa consisterebbe questa superiorità? In fondo l'A. la fa consistere nella *sovranità* su la cui natura e sulla cui essenza egli non crede di dover insistere. Ora quando si ricordi che la dottrina della sovranità dello Stato è gravemente controversa e che la tendenza prevalente nega allo Stato la sovranità in quanto con ciò si voglia attribuire ai rapporti di cui è soggetto lo Stato, un elemento di plusvalenza, si comprende come la tutta teoria dell'A. è basata su un fondamento non certo e non sicuro. Se infatti la sovranità dello Stato deve unicamente farsi consistere nell'affermazione giuridica della sua volontà e nell'autoriconoscimento della sua giuridica personalità — come io credo, e, quel che più importa, molti altri hanno sostenuto e dimostrato — ne consegue necessariamente che i rapporti giuridici non variano essenza, natura o valore, per il fatto che ne sia il soggetto lo Stato piuttosto che un privato cittadino. Del resto tornerò su l'argomento in un prossimo lavoro. Si consulti su questo punto il FORTI, *Natura giuridica delle concezioni amm.*, nella *Giur. ital.*, 1900, IV, 369, capo III, § 1.

(1) Per la dottrina italiana vedasi: LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, nell'*Arch. di dir. pubbl.*; RANELLETTI, *Facoltà giuridiche create dalle concessioni amministrative*, nella *Riv. scienze giurid.*, 1897 e 1898; ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, nel *Trattato* dell'ORLANDO, già citato, vol. I. In questi scrittori si trova la completa bibliografia su l'argomento, e la storia della questione. Cfr. inoltre MORELLI, *Che cosa le libertà civili?* nell'*Arch. giurid.*, 1899, pag. 47.

hanno fatto dir quelle facoltà diritti subiettivi; e poco importa se pubblici o privati quando una tal distinzione più non tocca la loro sostanza (1).

E quanto grande sia il valore di questa ultima affermazione, più vivamente sarà sentito quando io ricordi che per arrivarvi è stata necessaria tutta la lunga lotta che ha reso noti i nomi del Gerber, dello Iellinek, del Longo, del Ranelletti, del Romano, del Morelli (2).

La teoria della manifestazione giuridica della volontà degli enti pubblici ha ormai una elaborazione parallela a quella che riguarda la manifestazione della volontà privata: le parole *legge*, *regolamento*, *decreto* hanno avuto una accezione determinata ed un esatto valore giuridico (3): alle volontà di enti pubblici, non incontrantisi su una medesima *res* per scopi opposti (come avviene nei contratti), ma parallelamente dirette ad un medesimo fine fu già applicata la teoria del *Gesammtact* o dell'*atto complesso* del Giercke, del Karlowa e del Brockhausen. E fu questo un merito di molti nostri, e in modo speciale del Codacci Pisanelli (4), del Cammeo (5) e del Brondi (6).

Anche i rapporti quasi contrattuali furono applicati alle materie amministrative; e il Cogliolo (7), il Brondi (8) e il Longo (9) hanno studiato la *negotorium gestio* delle pubbliche amministrazioni, mentre una larga nostra giurisprudenza ha applicato i principî della gestione e dello indebito arricchimento in casi di spese incontrate dai comuni per estinzione di incendi e in casi di servigi prestati a pubbliche amministrazioni da impiegati mancanti di nomina valida.

Tutta la teoria privatistica delle *cose* e dei *rapporti reali su le cose* fu trasportata nel territorio del diritto amministrativo dal Ranelletti e dal Cammeo con i loro lavori sul *Demanio* (10). Perfino il potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni ha avuto definiti limiti e norme constrittive dalla teoria contrattuale (11).

E tutta questa elaborazione di scienza è organica; è sostanziosa; è sana; non è un materiale avvicinamento per via di false analogie o di falsi raffronti (12).

(1) Vedi nota precedente.

(2) Non cito tutta la bibliografia su l'argomento, perchè è universalmente nota.

(3) Vedasi in modo speciale e per la completa bibliogragia il Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, nel *Trattato* dell'Orlando, vol. I.

(4) Cfr. il noto lavoro sul *Regolamento* del Codacci-Pisanelli.

(5) Cammeo, op. e loc. citati.

(6) Brondi, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, Torino 1898: Estratto dalla *Riv. ital. per le sc. giurid.*, vol. in onore del prof. Schupfer.

(7) Cogliolo, *Trattato teorico-pratico dell'amministrazione della cosa altrui*, Firenze 1890, II, § 52.

(8) Brondi, *Le pubbliche amministrazioni e la gestione di affari*, Torino 1895.

(9) Longo, *Del servizio assunto volontariamente dal privato* (*Arch. di dir. pubbl.*. 1895).

(10) Vedi *Digesto italiano*, voce *Demanio*; e *Giur. ital.*, anno 1899, IV.

(11) Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, nella *Giur. ital.*, 1898, IV, pag. 238 e seg.

(12) Infatti tutte queste teorie non sono state applicate meccanicamente ai rap-

7. — Con quale metodo la nostra scuola è riuscita a dare un così serio indirizzo alla scienza nostra?

Domanda fondamentale questa per chiunque salga oggi una cattedra di diritto amministrativo; fondamentalissima per me che non ho e non posso aver la illusione di tracciare a voi le linee fondamentali di questa scienza; il che presupporrebbe una profonda conoscenza ed una lunga elaborazione della materia, ma che dovrò limitarmi ad indicare ai voi, o giovani, il metodo con cui voi potrete poi con paziente lavoro formarvi un patrimonio di idee per via di materiali non ancora elaborati, non ancora organizzati.

Il periodo che noi attraversiamo è per la scienza nostra un periodo di creazione, glorioso periodo, perchè volgendo lo sguardo sul cammino percorso, noi troveremo che soli 40 anni fa lo Stein poteva con ragione dire, che del diritto amministrativo non si ha per anco nè pur il concetto (1). Oggi la giovine scuola crea il diritto amministrativo ed ha per guida due concetti luminosi: la teoria dell'unità del diritto; e la teoria dello scopo.

Il primo concetto l'attrae continuamente al fascino della mirabile organizzazione del diritto privato, e le ricorda che i grandi princìpî del diritto, che in sostanza non sono che i grandi princìpî della logica applicata al diritto, presiedono a tutto il diritto e quindi anche al diritto amministrativo (2). L'altro le ricorda che molte sottigliezze proprie del diritto privato, che ha per scopo la protezione dell'individuo, non si convengono al diritto pubblico che ha per scopo la protezione della collettività. E siccome una parte del diritto amministrativo consiste già in un corpo di leggi, un'altra è tuttavia da crearsi per via di elaborazione scientifica, così avviene che duplice è oggi la funzione dell'amministrativista. Egli è il giurista moderno rigido, attaccato alla parola della legge sancita in una formula elaborata dai secoli, quando la legge positiva deve interpretare e applicare al singolo caso con le comuni norme di interpretazione giuridica. Egli è il giureconsulto a tipo romano che adatta il sistema giuridico ai bisogni della vita e crea l'istituto che quello soddisfa, quando,

---

porti amministrativi, ma sono state armonicamente plasmate, tenendo conto degli speciali atteggiamenti e delle speciali esigenze del diritto pubblico e dei fini della pubblica amministrazione; dimodochè la costruzione giuridica che ne è risultata non coarta l'azione della pubblica amministrazione, ma la disciplina giuridicamente, riallacciando logicamente quello che si diceva uso, consuetudini, equità o opportunità amministrativa con i principii fondamentali dei singoli istituti.

(1) Stein, *Verwaltungslehre*, Stuttgard 1869, I, pag. 67.

(2) Riconosco anch'io che è sempre vero l'antico adagio *est modus in rebus*, e che una malintesa smania di assimilare i rapporti pubblici ai rapporti privati può essere un difetto. Ma l'accusa di un tal difetto fu troppo abusata, perchè anche coloro che la muovono, dovendo riconoscere che la scienza ha ormai riconosciuto e proclamato l'unità di tutto il diritto, in un modo non più astratto e problematico, ma sentito e fecondo di conseguenze pratiche, non potranno negare che per lo meno è un grande ammaestramento ed una grande utilità nel periodo di formazione del diritto amministrativo il conoscere come il diritto privato è sorto ed è divenuto, e il tenerne il metodo, come un modello prezioso. E quale misura debba tenersi in questo raffronto ed in questa assimilazione io avrò occasione di dire più tardi.

la legge tacendo, deve dar ordinamento giuridico ad un reale assetto di cose (1).

E mi sia da voi, maestri, concesso che io possa indugiare un momento con qualche esempio pratico su questa fondamentale idea che mi par feconda di nuovi orizzonti a chi a questi studi non è ancor abituato.

Ed io darò qualche esempio in ordine progressivo di importanza giuridica, perchè se ne senta da voi, o giovani, più vivamente la forza.

Il rapporto di impiego pubblico è grandemente analogo al contratto di locazione di opera, al contratto di lavoro. Ma qui tutto è regolato da norme rigorose di diritto privato, alle quali idee nuove vanno portando una maggior completezza: nel rapporto di impiego pubblico però, mentre i diritti allo stipendio e diritti a pensione hanno ordinamento giuridico che io non temo di dir contrattuale, il rapporto di disciplina non si può intieramente costringere entro queste norme, impedendolo la finalità della pubblica amministrazione, e l'insindacabilità dei suoi criteri di merito (2).

In diritto privato non è possibile nè pur accennare alla idea che le ristrettezze finanziarie di un debitore possano esser a lui valida scusa per non adempiere una sua obbligazione. In diritto amministrativo, mentre si è riconosciuto che la stabilità concessa da leggi speciali ad alcuni impiegati comunali importa in linea generale intangibilità di stipendio, si è poi detto che questo diritto può esser limitato dalle esigenze finanziarie del comune che sia obbligato per un complesso ordine di ragioni di ridurre qualche spesa nel proprio bilancio (3).

Questo bisogno che il diritto amministrativo ha, di temperare la rigidezza del diritto privato con criteri di opportunità, ha prodotto questo curioso fenomeno: che la nostra giurisprudenza, tutte le volte che ha dovuto occuparsi di rapporti amministrativi, li ha avvicinati sempre ai casi più analoghi del diritto civile, aggiungendo sempre e metodicamente due paroline, che per me sono molto significative perchè io penso che la giurisprudenza,

---

(1) Quanta parte del patrimonio giuridico privatistico (come suol dirsi) sia passata nel diritto amministrativo, a voler anche prescindere dalla odierna tendenza giurisprudenziale di ridurre i rapporti amministrativi ai tipi foggiati dal codice civile, si capirà meglio quando si pensi che l'amministrativista moderno ha bisogno di tutta la sottigliezza, la raffinatezza, o talvolta di tutto il *cavillo* — si permetta la parola nel suo senso migliore — del privatista, quando dinanzi alle leggi che regolano la procedura nanti alla G. P. A. e alla IV Sez. del Cons. di Stato, deve pronunciarsi se una forma sia imposta a pena di nullità, se l'inosservanza di un termine porti decadenza; se la firma dell'avvocato sia assolutamente voluta par la validità di un ricorso, ecc.... Con quale enorme diversità di criteri deve, un momento dopo, lo stesso giurista apprezzare i poteri discrezionali di una pubblica autorità procedente, come suol dirsi, *iure imperii!*

(2) Cfr. quanto ebbi a dire nel mio *Contributo alla determinazione giuridica del rapporto di impiego nel diritto amministrativo*, già citato, cap. VII, n. 2.

(3) Così fu deciso dalla Cass. di Torino nella nota causa *Parodi* contro il *Comune di Lerma* in materia di stabilità del medico condotto; e così ha sempre deciso la giurisprudenza del Cons. di Stato, sì in sede consultiva che in sede contenziosa circa l'interpretazione dell'art. 16 della legge 22 dicembre 1888.

sempre a contatto con la pratica della vita, ha un grande valore nel periodo di formazione del diritto.

Il rapporto di impiego pubblico fu detto un contratto di locazione d'opera *sui generis*.

Alcune concessioni amministrative furono dette locazioni *sui generis*.

I diritti di plateatico, di immissioni di rotaie su suolo pubblico furono detti servitù *sui generis*.

I diritti di uso pubblico o diritti civici furono detti condominio o servitù *sui generis* (1).

Ecco delineato il compito e il metodo dell'amministrativista. Egli deve togliere questa indeterminatezza, deve definire questi speciali caratteri che fanno dire tutti questi rapporti *sui generis*. Come il diritto si è in varie guise adattato ai varî bisogni della famiglia, dell'individuo, del commercio, del mare, scindendosi apparentemente in diritto famigliare; in diritto patrimoniale; in diritto commerciale; in diritto marittimo; così deve foggiarsi alla nuova forma di diritto amministrativo, che sarà sostanzialmente il medesimo diritto, ma avrà in sè contemperati quegli elementi di opportunità e di convenienza, che sono necessariamente richiesti dalla finalità sua che è quella di servire allo Stato e alla pubblica amministrazione (2).

8. — In questo geniale lavoro di ricostruzione si adopera la scuola d'Italia. Io cercherò di trasfondere in voi nel modo più chiaro che mi sarà possibile, quei criteri giuridici e quel senso, tutto nostro, di giusto apprezzamento che vi saranno guida negli studi

---

(1) Non cito a questo proposito la giurisprudenza perchè la citazione sarebbe troppo lunga ed inutile. Questo indirizzo della giurisprudenza fu già rilevato e criticato da altri scrittori, alcuni dei quali credettero poter fondare su i medesimi criterii un ramo speciale del diritto, cui diedero varii nomi a seconda del vario loro punto di partenza: tra questi nomi sono specialmente noti quelli di « diritto amministrativo civile »; di « diritto pubblico formale; » di « diritto quasi pubblico ». Cfr. Maiorana-Calatabiano, *Il nuovo indirizzo del diritto pubblico in rapporto alla sociologia e al diritto privato*, in *Scienza del diritto privato*, I, 1893, pag. 130; Longo, *Le odierne difficoltà del dir. amm.*, in *Arch. giur.*, XLVIII, 494; Cereseto, *Il nuovo diritto amministrativo*, in *Filangieri*, 1895, 246; Romano, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, in *Filangieri*, 1899; Raggi, loc. cit., n. 1, pag. 802.

(2) In altre parole, se si dovesse storicamente caratterizzare l'attuale periodo della scienza del diritto pubblico, si dovrebbe definirlo quel periodo di elaborazione scientifica che prepara i materiali con i quali i rapporti giuridici pubblico-privati saranno giuridicamente definiti fino a dar loro un *nomen iuris*. Perchè è vero che, quando pur sia irrevocabilmente accertato ed accettato che i rapporti amministrativi non debbono esser considerati come antiettici per natura e per sostanza ai rapporti privati e che per ciò debbono esser disciplinati dalla medesima legge, tutte le difficoltà non sono eliminate: resterà sempre per lo meno quella di apprezzare giustamente quegli elementi speciali che vi sono necessariamente portati dalla finalità speciale dell'ente pubblico che si figura come uno dei soggetti. Ossia, come nel diritto privato al sorger di nuovi rapporti il giurista e il magistrato debbono tener conto dell'*equità*, cioè delle speciali e nuove esigenze del caso concreto, così alle figure classiche dei rapporti giuridici bisogna dar quel nuovo atteggiamento che è voluto dall'*equità* amministrativa; intendendosi per equità quello che scientificamente si deve intendere. Quando la scienza con questi elementi di equità avrà tratteggiato le nuove figure giuridiche, e la legge le abbia sanzionate e abbia dato loro un proprio *nomen iuris*, allora quegli *elementi equitativi* diverranno *elementi di diritto*: e il nuovo diritto amministrativo sarà arrivato alla sua completa affermazione per quella stessa via che ha percorso il diritto privato.

vostri e nella risoluzione degli svariati casi, nei quali si atteggia la intensa vita amministrativa di oggi.

Noi attraversiamo un periodo di tempo, che sarà celebre nella storia di tutto il diritto. Le nuove forme dell'attività umana hanno creato rapporti nuovi; che mal si adattano ai tipi giridici nominati nel diritto tradizionale; e il civilista odierno crea con le norme fondamentali antiche nuove forme giuridiche, che, mancanti per ora di un nome proprio, si rifugiano sotto le grandi ali dell'articolo 1103 del codice civile: e sono così sorte le nuove forme di contratti di credito; di contratti a favore di terzi; di contratti di somministrazione di energia elettrica; di contratti di lavoro.

L'affermarsi giuridico della pubblica amministrazione richiede a sua volta la determinazione esatta dei nuovi rapporti.

Questo si aspetta dalla giovane scuola amministrativa d'Italia: e non si aspetta invano; sì tanti e così buoni frutti essa ha già dato in così breve tempo della sua giovane vita. Ne sono garanzia due sue qualità specialissime: il naturale senso giuridico, dovuto alla nostra gloriosa tradizione; e l'amore di libertà che è innato e potente in noi.

9. — Il diritto amministrativo, così figurato, e così con lo studio a venire ricostruito su basi di scienza, non sarà solo quello, cui l'Italia in ogni altra parte del sapere da molto tempo intende, cioè una ripresa dell'antico e alto posto nella grandezza delle idee e delle ricerche: ma sarà anche la garanzia più sostanziale per quella libertà e per quella giustizia che non hanno mai cessato di avere ed hanno oggi una più viva e più efficace azione nei desiderî e nelle aspirazioni dei popoli. Perchè le forme e le cose giuridiche amministrative, non sono solo, come quelle del diritto privato, una tutela dei beni economici, ma questa pur contenendo, sono la manifestazione più sensibile di quelle libertà pubbliche che per i nostri padri fu gloria il conquistare e per noi è dovere il conservare.

E non è, o signori, senza un intimo commovimento di tutto me stesso che questo io dico e queste pubbliche libertà invoco in questa Università, nella quale nel 1797 fondavasi con il Compagnoni la prima cattedra di diritto costituzionale, a cui con distanza di tempo fu seconda quella del Rossi a Parigi; e fondavasi per proposito della ferrarese Deputazione degli studi con l'intendimento, come in quella delibera si legge, « di diffondere i grandi principî di giustizia che reggono l'ordine sociale e di propagarne gli utili risultati onde la fervida gioventù. formata con ottime istituzioni, si renda capace delle eminenti funzioni della patria » (1).

Quando cittadini liberi così sentono la libertà da non contentarsi di goderla come bene proprio, ma da volerla dalla cattedra

---

(1) Cfr. la memoria del Morelli, pubblicata nell'*Arch. giur.*, 1898, LXI, fasc. 1, pag. 63: *La prima cattedra di diritto costituzionale.*

diffondere per il mondo, può bene affermarsi che qui più che altrove, la ricerca scientifica trova spinta ed elemento per il suo compimento.

Con la fede nel continuo rinnovamento del pensiero italico il quale per ogni dove ed anche nel diritto amministrativo rigermoglia al sole nuovo dell'Italia rifatta; con la speranza che all'ardore dell'animo mio corrispondano le forze mie e la benevolenza vostra; lavoreremo assieme e con tenacia: così avverrà che la scienza ci consoli; che l'arte ci allieti; che la patria ci benedica.

Avv. prof. Giovanni Pacinotti.

DEI RAPPORTI DI RAGIONE TRA LA CHIESA E LO STATO

Il *Desideratum* nell'attualità.

Sono questi i titoli della prolusione al corso di diritto pubblico ecclesiastico o canonico, letta dal chiarissimo prof. Serafino Soro nei giorni 4, 7 dicembre 1900 nella R. Università di Cagliari, in presenza di numeroso e scelto uditorio che plaudì il dottissimo insegnante, assai noto per la profonda sua erudizione e la versatilità del suo ingegno.

Sono debitore alla squisita affabilità del mio maestro se, per avermi egli favorito il suo manoscritto, mi ha procurato il piacere e l'onore ad un tempo di apprezzarne il contenuto e poterne dare qualche cenno al pubblico, della mia città, il quale, mi sia permesso il dirlo con tutta schiettezza, dovrebbe prendere maggiore interesse a tutto ciò che sa di scienza e di coltura in generale, per far capire, specialmente in questo momento a chi di ragione, che anche in Sardegna, sebbene lontani da ogni centro di attività intellettuale ed economica, vi ha chi coltiva con amore e con profitto lo studio giuridico nelle molteplici sue branche.

Non posso neppure fare a meno di ringraziare questo periodico per la geniale ospitalità che spesso accorda a questi miei lavori, reputandomi oltremodo rimunerato delle mie modeste fatiche se in qualche modo riesco a contribuire in piccola parte al miglioramento intellettuale ed etico del mio paese.

Il tema, come la dottrina cui si riferisce, è antico e costituisce una *quaestio vexata*, di immensa difficoltà e si può dire insoluta.

L'epigrafe che il valoroso docente fa precedere alla sua prolusione: *Cattolici col papa, liberali col re*, riassume, si può dire di un subito, tutto il concetto della sua esposizione e quale ne sia l'indirizzo nel suo sviluppo dogmatico, storico e razionale

Ancora, nell'interesse vero dei contendenti, non si è pronunciata l'ultima parola sui rapporti tra la Chiesa e lo Stato. « Solamente il tempo, dice il Soro, li risolverà adeguatamente quando la generazione attuale, attrice o contemporanea al grande avvenimento del 20 settembre 1870 e legge 13 maggio 1871, sarà scomparsa, e che le bizze, per non dire le ire, non avranno più quell'impero, che oggi esercitano; quando lo Stato e la Chiesa si stimeranno sinceramente *compatibili, sociabili* — destinati ad uno scopo comune — alla conservazione, cioè, ed alla perfezione di quell'*animal carissimum Deo*, come si esprimeva lo stesso Tiberio nell'assumere il potere imperiale, al qual uopo, per il buon governo di esso, invocava una *Mentem divini, humanique juris intelligentem* ».

Avrei desiderato, me lo consenta il mio venerato maestro, anche per introdurre un soffio di modernità nel suo elaborato scritto, che la speranza, ben lontana e problematica, di una leale e duratura conciliazione, vagheggiata dagli uomini dabbene e sopratutto di coscienza e di cuore, l'avesse anche appoggiata sopra qualche altro elemento più solido e meno ipotetico, quale può essere la sparizione delle ire e delle bizze, massime in coloro che sia per lo Stato sia per la Chiesa ne tengono e ne terranno in avvenire l'impero.

Non dobbiamo solamente ed esclusivamente affidare alla volontà partigiana — effimera e volubile come tutto ciò che dall'uomo dipende — la risoluzione di ogni problema di diritto pubblico o ragion pubblica Fa duopo fare appello al progresso scientifico che ogni giorno aumenta con una evoluzione etico-giuridica maravigliosa. Non bisogna separare il diritto dalla realtà sociale.

Le bizze e le ire di parte, come dipendenza della imperfettibilità antropologica, furono e saranno fin che il mondo dura. Anzi costituiscono principio e fulcro d'ogni movimento intellettuale e sensibile. Ciò che rimane è il principio, è il vero scientifico, che si schiarisce e si afferma nella stessa progressione che i costumi ed il senso giuridico si elevano al di sopra della corruzione e de' pregiudizî.

Avrei desiderato, ripeto, che — il chiaro professore, ne sono certo, lo farà in seguito nel corso delle sue pregevoli lezioni — avesse accennato all'influenza benefica della sociologia, di questa scienza, alla quale, diremo con Comte, Spencer, Gumplowicz, Stein, Masaryk ed altri illustri moderni filosofi, è data la grande potenza di elaborare e dirigere i veri progressi del diritto e nello stesso tempo è tolta molta parte di quella possibilità di aberrazioni tanto temibili nelle scienze sociali.

Nel consenso di tutti gli elementi e di tutte le operosità sociali consiste il carattere organico della società; epperò ne viene che il còmpito della sociologia sarà in sostanza, come si esprime l'Anzilotti, quello di illustrare nel suo complesso l'organismo sociale; e per dirla coll'immortale Romagnosi, quello di « tracciare il progressivo cammino della società verso l'incivilimento ».

Per via dunque della sociologia, di molte dottrine e di molti

sistemi e principî che la suffragano, potremo darci una migliore e più giusta spiegazione da facilitarne il cammino ad una più soddisfacente e plausibile soluzione, anche della questione in esame.

Gli è vero, mi si vorrà obbiettare, che, discorrendo di diritto ecclesiastico o canonico, non si può fare a meno di riferirci alle sacre tavole della Bibbia, a tutto il poderoso arsenale dei dogmi, delle decretali, delle bolle e dei concilî.

Ma a ciò, mi affretto a rispondere che, astrazion fatta di quanto può essere oggetto di vera fede, di quella, intendo dire, che è insita nell'anima e nella mente dell'uomo, che s'intende e si sente senza d'uopo di dimostrazioni e disquisizioni teologiche, di quella che è unica in tutti i tempi ed in tutti i luoghi, incrollabile, che non s'impone, ma che si accetta e si accoglie nel cuore come un dono, un benefizio, una speranza; a parte tutto ciò, anche nel diritto ecclesiastico o canonico vi è la formula, la costituzione, la convenzione, la tradizione, l'uso, il fatto umano, la volontà umana, e non escluso infine l'arbitrio, dipendente, come in tutto il resto della vita sensibile, dall'errore e del capriccio umano.

Ora, sotto questo rispetto, anche il diritto ecclesiastico o canonico può ammettere delle riforme e per le quali, nel senso di pratico affiatamento, può essere utile il progresso della scienza sociale che afferma e dimostra la sua ragion d'essere nella esistenza stessa del fatto umano, dal quale, in ogni fase ed eventualità dell'esistenza, non è possibile distaccarsi.

Ora è inutile il dimostrare che anche il diritto ecclesiastico partecipa, come ogni altro diritto, del concetto umano e della volontà umana, sempre per quanto ha rapporto con l'ordine, col sistema, colle istituzioni e vicende politiche e storiche.

Egli è perciò che io avrei desiderato che in virtù della comparazione scientifica, il mio maestro avesse fatto tesoro delle nuove teorie, per lo meno accennandole anche di volo in tema così alto e difficile.

***

Premessa questa rapida digressione, quale la ristrettezza del tempo e dello spazio me lo permisero e della quale, in omaggio alla libertà di critica e della opinione scientifica, mi vorrà scusare il mio amato maestro, da cui io tolsi i primi rudimenti del sapere giuridico che con tanto affetto coltivo, continuo, senz'altro nello spigolare sommariamente la sua erudita prelezione fornita ai suoi nuovi discepoli con tanto slancio accademico e con tanta sana e classica erudizione, da fare invidia a qualunque più studioso scienziato della nuova scuola, destinata allo scoprimento dei nuovissimi coefficienti del giure pubblico e sociale.

Entrando, *in medias res sicuti notas*, come scrive Orazio, dimostra, il prof. Soro, come la questione sia del più alto interesse, *antico* ed *attuale*; come essa abbia esercitato i migliori ingegni

dagli apologisti del cristianesimo ai reformatori, ai decretalisti e legisti. La si vede — egli scrive — nelle dichiarazioni del clero gallicano, nei *Centum gravamina* della nazione germanica, nei canoni sotto Nicolò I; nelle pretensioni di Gregorio VII, di Innocenzo III, di Bonifazio VIII, singolarmente, di Pasquale II, di Adriano VI, di Paolo III, di Alessandro VII, di Pio VII; sopratutto nella *Riforma,* seguìta nel secolo XVI e nelle riluttanze dei sovrani (ecco la traccia delle bizze e delle ire accennate da lui superiormente) Enrico IV, Filippo il *bello*, San Luigi, Giuseppe II ed altri a noi più vicini, in seno ai gabinetti, nella diplomazia, nei parlamenti.

La storia dunque viene a confortare in qualche modo la nostra opinione sulla continua evoluzione scientifica anche in questa materia che per tanti riguardi tiene tanto alla massima del *nihil innovetur*.

Sono gli uomini dunque che sopra una questione umana discutono e però ne sia concesso anche a noi, sotto il solo e puro riflesso umano, discutere uomini e principî.

Molto opportunamente infatti il chiaro accademico fa rilevare trattarsi di una lotta incessante, vivissima tra popoli e popoli, governo ed individui; tra istituti ed associazioni, leggi e passioni, fatto e diritti, costituenti, in compendio, tutta quanta la storia umana, alla quale molto egli si attiene e dalla quale anche molto egli deduce nei suoi apprezzamenti, affermazioni e conseguenze.

Alla smania di sapere si aggiunge, egli scrive, quello che Marco Tullio chiamò l'*adpetitio principatus*; la tendenza, in altri termini, il desiderio di prevalere; ma diversa è per altro la portata e la esigenza delle disputazioni, come della lotta che vi si impegna.

Questo è forse il punto più saliente della tanto dibattuta questione che sollevò specialmente ne' tempi di mezzo a tanta altezza la gloria e la potenza del papato e della chiesa.

Coglie opportunamente il Soro l'occasione di delineare i caratteri e le proprietà essenziali che differenziano le disquisizioni scientifiche dalle pratiche, sociali e politiche.

Le prime, sebbene destinate ad influire sulle sorti dell'umanità, non presentano il carattere dell'urgenza e molto meno di perentorietà. Esse non s'impongono — rileva assai bene l'esimio docente. « La forza, o la legge di attrazione — egli nota, a mo' d'esempio — esisteva e regolava i rapporti della natura prima di Galileo, anche senza le scoperte di Newton e senza le formule determinative della scienza ».

« L'andamento generale del mondo — egli conchiude — non avrebbe sofferto grande alterazione se Galileo Galilei avesse scoperto qualche secolo dopo quella legge ».

Ben altrimenti avviene delle altre che concernono più dappresso l'ordine economico: esse sono imperiose, urgentissime.

L'egregio professore illustra questa sua opinione coll'accennare che l'antica Roma avrebbe dovuto ricorrere a tempo all'e-

conomia per impedire le perturbazioni delle leggi agrarie sotto i Gracchi, per attenuare gli sconvolgimenti per la congiura di Catilina; vi avrebbero dovuto ricorrere l'America e l'Inghilterra nello scorso secolo per tutelare meglio i loro mutui rapporti; la Francia sopratutto alla vigilia della rivoluzione dell' 89.

Accenna in seguito, sempre a conforto della delicata tesi, al *lurido pauperismo* dell'Inghilterra, dipendente dalle sue leggi, le quali, spostando la proprietà dei corpi morali e conventi, per investirne i lordi ed i cavalieri delle Contee, con privilegi, crearono quella sproporzione incommensurabile tra le diverse classi: i *capite censi*, i *proletari*, quelli della sesta categoria di Servio Tullio.

A finale illustrazione di questo fenomeno sociale, dipendente dallo squilibrio economico, assai felicemente il Soro invoca pur oggi un provvedimento economico ai tanti richiami del *maggior numero*, che minaccioso ingrossa con programma radicale — novello Spartaco per la libertà — anelando, *agmine facto*, mediante cioè coalizione, a sconvolgere le basi della società.

***

Nè meno importante è la questione politica. Ai vecchi sistemi e forme di governo altri se ne sostituirono. Nè più i re, per diritto *divino* o *storico*, possono imporsi senza un atto di *popolare adesione, plebiscito*.

Ciò premesso, il dotto canonista ripiglia il suo tema e passa a dimostrare come il conflitto tra Chiesa e Stato è politico: questione di *prevalenza*, di supremazia.

Innocenzo III — forse il più dotto dei pontefici, sì che fu denominato *Juriscosultus Pontificum*, meglio che il *Pontifex Jurisconsultorum* — dettando il cap. 6 *de Majorit. et obed.* (Decretali) e traendo una parità dal sistema fisico planetario, per cui si legge nella Genesi: « Iddio fece due *luminari in firmamento* (il sole e la luna) *unum ut praesset diei, alterum nocti* », diede naturalmente la preferenza al sole.

Del pari — conchiude Innocenzo III — tra il sacerdozio e l'impero. i due cardini della società: il primo deve sovrastare al secondo; siccome *il sole alla luna*, lo spirito al corpo, i beni eterni prevalgono ai temporali.

« Basta enunciare questa dichiarazione — nota acutamente il Soro — per darsi ragione delle illazioni che se ne trassero nei secoli che seguirono; ond'è che quel capitolo preceduto dal famoso *dictatus* attribuito al settimo Gregorio, ridotto a minimi termini — *formalmente* — dall'ottavo Bonifazio, deve riguardarsi come il *testamento politico del Pontificato*, sostenuto più o meno animosamente dai successori fino al recente (1864) *Sillabo* di Pio IX, a non parlare dei *discorsi* ed *encicliche* innumerevoli, secondo le circostanze, coi quali si confermano vieppiù le pretensioni. Mentre lo Stato, adulto oramai e seriamente *compos*

sui, sui juris et potestatis, rivendica i suoi diritti, le prerogative sue naturali! ».

Impostata così la questione, il Soro giustamente si domanda dinanzi a chi si avrà a *derimere* la controversia?

Accennata l'origine dei *concordati*, delle *immissioni* e del *connubio* come conseguenze di tentate conciliazioni, il Soro ricorda il trattato coscienzioso di Pietro De-Marca: « *De concordia Sacerdotii et Imperii* » il quale, vista la difficoltà di risolvere definitivamente la lite, finì col confessare di mancargli la cognizione profonda del diritto umano e divino.

Dopo aver accennato che allo scioglimento del *ponderoso assunto* non sarebbero riusciti nè l'*Judex contentionum*, nè un Napoleone per quanto qualificato da Manzoni *arbitro fra due secoli*, nè il dottissimo Varrone, nè lo stesso Catone posto da Lucano (*de bello pharsalico*) quale giudice tra la maggioranza degli Dei e Lui, termina col ritenere che « non havvi uomo che possa tanto, nè che sia scevro affatto dei pregiudizî dell'età sua ».

Non potendolo affidare alle più spiccate individualità, affida il Soro questo arduo compito alla *sola opinione pubblica* non *credula*, ma *illuminata*, non locale, non passeggiera, ma costante universale, la quale, giovandosi della scuola filosofica, che in sostanza è la vera teologica, riuscirebbe a pronunziare il suo giudizio inappellabilmente, ritirando tutte le cose verso i principî naturali ed origini.

***

A dare su di ciò il suo avviso, che, per la ben nota sua modestia, il Soro chiama debole, egli anzitutto si domanda « che fu la Chiesa nei suoi primordi? ».

Fatto un coraggioso confronto tra la Chiesa antica e l'odierna, per cui si potrebbe dire *quantum est ab illa mutata*, il professor Soro soggiunge: Chiesa *Cristiana* fu nei primi secoli, per semplicità, abnegazione, moralità. Veri secoli d'oro erano i primitivi. « Colle parole e più coll'esempio riuscì nella propaganda ed ebbe la sua più ampia diffusione. Si verificò l'incremento prodigioso di lei, come del *granum synapis* del Vangelo ».

Arrivato a questo punto, tratto dall'entusiasmo che ad ogni sincero seguace del Nazzareno desta mai sempre il ricordo, l'immagine della Chiesa dei primi secoli del cristianesimo, il professor Soro, che non si dimentica di essere anche poeta, spicca un volo lirico molto opportuno e felice e chiude questo suo apprezzamento col dire: « L'albero, che da quel granello germogliò e poscia grandeggiò, non può paragonarsi in alcun modo colla quercia di Mario, coll'albero sacro a Minerva in Atene, o coll'olmo della libertà di Boston. Tutti li vinse indubitatamente sì, che si può applicargli il detto del poeta: *Saeculis crevit et crescet innumerabilibus*, alla cui ombra fedelmente si assideranno i popoli tutti: *et erit unum ovile et unus pastor*.

« Così fatta era la Chiesa primigenia, e tale, crediamo per la provvidenza e promessa divina, ridiventerà nell'avvenire ».

Un tema così scabroso, trattando il quale, come è facile intendere, si corre il rischio di urtare in tante e disparate opinioni, in tante e molteplici disposizioni di mente e di cuore, in tante e così facili suscettibilità di spirito e mutabilità di inclinazioni e credenze; piglia un non so che di geniale nella esposizione più che razionale storica che sul medesimo si assunse di tracciare con un solido fondamento scientifico e con un profumo di sana letteratura, il nostro chiaro maestro, ricordato sempre con spontanea benevolenza e simpatia dai suoi numerosi discepoli.

Continuando nell'argomento il Soro si affretta di dichiarare con esplicite espressioni, intendere egli per Chiesa « la sua instituzione *nel suo spirito*, *nell'elemento divino*, che la plasma, la informa e la sorregge ».

Stante la sua perfetta e pura origine, a l essa non è logico attribuire gli eccessi dei suoi ministri; onde è che vuol si ripeta il noto epifonema del poeta: « *Tantum relligio potuit suadere malorum!* »

Taluni de' suoi ministri — scrive il Soro — anche sotto le infule ed il triregno, massime se implicati nelle cure e negozi secolari, dimenticano che bisogna tener sempre in alto cuori ed affetti, le cose celesti preferendo alle terrene, secondo la liturgia cristiana, tanto splendidamente illustrata da San Paolo e da Sant'Agostino nella vera *Città di Dio.*

« I ministri ecclesiastici — passino le eccezioni — partendo quasi sempre da vedute assolute ed esclusive, non sanno piegarsi agli avvenimenti, riluttanti quasi e refrattari contro la stessa Provvidenza ».

Questo difetto, vorrebbe dimostrare il Soro, è l'ostacolo più grave ad una possibile riconciliazione.

« Usi — egli dice — in massima parte, a leggere in un *sol libro*, od in quelli, che per adulazione favoreggiano, perciò *sub potestate animo hostili*, con un *non expedit*, con astensioni mal consigliate, si mettono fuori del mondo, sognando *forse* un cataclisma per una possibile *restaurazione.*

« La insufficiente istruzione, in quel senso, combinata colla smodata ambizione ha fatto velo e tuttora il fa al loro intelletto ».

Nè il senso letterale dei brani della Sacra Scrittura: « Il Re dei Re; il dominatore dei dominanti; la universa potestà data a Cristo in cielo ed in terra; dominerai da mare a mare; costituirai i tuoi figli principi per tutto il mondo » può venire in appoggio alle loro pretensioni di supremazia. A questa interpretazione letterale mancherebbe quella dello *spirito che vivifica.*

A fronte di altri testi diametralmente opposti, tenendo conto dell'indole della Chiesa, della sua destinazione, della umiltà, mitezza e mansuetudine di Cristo, è mestieri interpretarli in senso *mistico-allegorico;* cioè per una podestà, o meglio si dica influenza sullo spirito mercè la predicazione, coll'esempio, coi carismi.

« Infatti — soggiunge il Soro — che vi ha di più chiaro delle esplicite dichiarazioni di quel Divino, lorchè riconobbe la

subbiezione a Cesare pel *tributo*, la dipendenza ed origine del suo *Regno* dal solo padre suo celeste, la nessuna ingerenza sua nei giudizi e divisioni ereditarie? Che più, mentre disputavano gli Apostoli di supremazia li redarguì colle parole: E' proprio dei soli Re delle genti l'imperio; da me apprendete che sono mite ed umile di cuore ».

Sante e dolci parole che dovrebbero aprire gli occhi a molti de' più veggenti; sante e dolci parole che dovrebbero costituire la base di ogni governo spirituale e temporale; sante e dolci parole che da sole sono una intiera rivelazione sulle istituzioni terrene e sulla religione!

Ma dove spicca più luminosamente il pensiero del Divino maestro a tale riguardo, egli è nel fatto che mentre le *turbe* (Joann. Ev. c. VI. 15) volevano acclamarlo Re, fuggì sul monte! Schivò ogni regio apparato, biasimando ogni pompa terrena e gli uomini *mollibus vestiti* nelle Corti, facendo invece menzione e l'elogio del suo precursore.

Dall'esposto è logico conchiuderne che il *porro unum est necessarium* non era nè poteva essere la *potestas* del mondo, dal mondo e sopra il mondo, ma sullo spirito soltanto.

Ecco la sola vittoria destinata alla Chiesa, verificandosi, come si disse di Maria di Magdalo, che *optimam partem elegit, quae non auferetur ab ea.*

Era questo il *verbum Dei.* Nè alla Chiesa ed ai suoi ministri questa parte potrà esser giammai contrastata.

Dopo l'escursione sulla origine probabile del conflitto, il Soro passa a discorrere sui rapporti di ragione tra i due ordini: Chiesa e Stato, che, a dirlo in sunto, sono l'*umanità* e suo *avvenire*, nel senso della conservazione, perfettibilità ed incivilimento.

A tal riguardo dipinge il Soro con tinte smaglianti le attribuzioni, le virtù sacerdotali intente a quest'opera così nobile della perfettibilità umana.

« Disinteresse, probità, abnegazione caratterizzerebbe la vita loro ».

Che non si potrebbe ottenere da questo altissimo ministero, che s'impernia nella Chiesa?

E dallo Stato? « L'egida, la tutela dei diritti, la personificazione della giustizia; l'avviamento con le leggi, coi giudizi dell'umanità al pratico riconoscimento della morale sociale.

Amendue i prefati ordini son prediletti da Dio, autore e fonte del bene.

Quanto alla Chiesa son note le parole del Divino maestro: « Là, dove sono due o tre riuniti in nome mio, là son io ». « Tu sei Pietro, e sopra questa pietra edificherò la mia Chiesa, a cui non prevarrà giammai il genio del male. Sarò con voi e tra voi fino alla consumazione dei secoli ».

Lo Stato non è men caro a Dio, opina il Soro; il quale, a questo proposito, dopo aver ricordato che Marco Tullio, per tacere di altri sommi, nel sogno famoso di Scipione intravide questa predilezione, termina col dire, sorvolando i tempi, che P. S.

Mancini, T. Mamiani, Deloche ed altri, parlando dell'ottima congregazione umana, interpretando le già accennate divine preordinazioni, resero popolari queste dottrine.

Conforta questi riflessi coi passi seguenti: « *Meum est opus, quod Reges regnent et legunt conditores justa decernant* » (dai Proverbi).

« *Omnis anima sublimioribus esto subdita potestatibus; non est potestas, nisi a Deo, qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit* » (dalle Epistole di S. Paolo ad Romanos c. XIII).

Dio, che sempre dispone *in pondere, numero et mensura*, pose pure i confini ai due ordini.

Fatto un rapido quanto opportuno esame degli altri passi del Vangelo, di S. Paolo e di altre sentenze di Cristo, il Soro conchiude essere evidente che alla Chiesa incombe esclusivamente l'*ordine morale*, cui può elevare fino al sublime, alla più grande virtù, al sagrifizio; laddove allo Stato è affidato l'ordine giuridico, l'*ultima ratio rerum*, la condizione *sine qua non* della civile convivenza; giacchè non essendo possibile reggersi — per le umane passioni — colla sola forza morale, coi ritegni della coscienza, si scorge inevitabile l'uso dell'imperio prevalente, non scompagnato dalla prudenza, giustizia ed accorgimento. Ora, questa forza, rileva assai sennatamente il Soro, questa coazione, ripugna al ministero ecclesiastico, tutto persuasione e consiglio.

Ricordando il detto di Bacone: *Omne jus privatum est sub tutela publici juris*, dimostra che tra i diversi diritti privati vanno comprese le associazioni religiose, la stessa Chiesa cristiana cattolica, che possono fino ad un certo punto considerarsi, secondo alcuni scrittori e pubblicisti, come già i Romani tenevano le *Civitates — loco privatorum.*

Dopo aver passato in rassegna su quest'argomento le opinioni dei principali filosofi che specialmente si occuparono del diritto di *sovranità*, come U. Grozio, Rousseau e Jurien, il quale opina « essere indispensabile che esista in società un potere, che non abbia bisogno di aver ragione per comandare », il Soro completa la illustrazione della tesi sulle attribuzioni dello Stato, ricordando il detto famoso di Alessandro a Dario, che lo sollecitava per la divisione dell'Asia: « Il mondo, egli rispose, non può tollerare due re! ». Che sarebbe di esso infatti, se due soli lo illuminassero? Il tutto soggiacerebbe ad una conflagrazione.

Egli è chiaro che due *Supremi* non possono coesistere; che i due consoli romani, i triumviri, gli Efori di Sparta, il *liberum veto* della Polonia, i tribuni, lo *jus intercedendi*, i tre consoli francesi, senza una divisione marcata di attribuzioni, non potrebbero concepirsi.

***

Lo Stato e la Chiesa furono in questi rapporti sempre?

Se non lo furono, qual ne fu la cagione, anche della *preponderanza*, che nei secoli di mezzo acquistò sovente la Chiesa?

Accennato che, secondo i tempi, si è ondeggiato tra la prevalenza or della Chiesa, or dello Stato, per cui saltuariamente prevalsero le enunciazioni: La Chiesa-Stato, ossia lo Stato è nella Chiesa; lo Stato-Chiesa vale a dire la Chiesa è nello Stato; dimostra il Soro che non si parlava per quei sistemi d'*immistione*, di *concordati*, ma di vero *assorbimento* or dell'una, or dell'altro.

Esamina la formula di Camillo Cavour: libera Chiesa in libero Stato, la quale, non bene intesa, riescirebbe, dice il Soro, ad un vero distacco od isolamento.

Come lo Stato non può dirsi, od essere *ateo*, così la religione non può — e la Chiesa per essa — essere posta fuori della legge, sì, che basti il presentarsi con quella veste per indurre nello Stato la necessità di riconoscerla.

« Tutto il magistero del Governo, scrive il Soro, essendo rivolto a prevenire, o togliere le collisioni e gli attriti; a contemperare col *collettivo* il diritto *individuale*, in un sistema organico ed armonico, a reagire contro le intemperanze, ondechè provengano; riuscirà nell'intento, se, imparziale ed attivo, indirizzi le volontà e sforzi comuni alla pace, alla concordia ».

Ciò che si ottiene colla esplicazione simultanea dei due elementi: *principatus et libertas*, creduti insociabili, come scrive Tacito, per lungo tempo fino a Nervo e Trajano.

Cogli *arbitrati* e col *potere* la Chiesa spiegò la sua *prevalenza* ne' tempi di mezzo.

A dimostrare questa tesi, il Soro giustamente comincia col rilevare che la Chiesa in sul principio seppe a poco a poco farsi apprezzare e stimare. « Era dessa infatti la fedele banditrice ed operosamente applicava l'altissima dottrina della scuola del Nazzareno, del genio dell'umanità, del principio del bene. La voce di essa per mezzo dei nunzi della buona novella si udì e si ripercosse quasi repente per tutta la terra; ond'è che conquise gli stessi persecutori; e se in origine fu essa nello Stato vittima innocente, in appresso per la potenzialità e portentosa espansione influì sul mondo nello stesso modo che la Grecia, soggiogata, vinse la vincitrice Roma colle sue liberali arti e la coltura; e del pari come Roma, non ostante il suo sfacelo, sopravvisse a sè colle sue leggi immortali, col suo *jure*, che diventò ed è, diremo, cosmopolita ».

Nè questa prevalenza è da stupire per chi consideri nella Chiesa il solo elemento divino, sotto il quale aspetto potrebbesi paragonare alla Minerva della mitologia *ex cerebro prognata Jovis*, sufficiente a sè stessa anche *superabundanter*.

Ma teniamo pur conto dell'*umano*, della cooperazione, vale a dire degli Apostoli, discepoli di Cristo, e seguenti nei primi secoli, magnificandone la virtù, l'abnegazione, la fede, e riferendo un giudizio di Plinio il giovine, non sospetto, il quale in una epistola a Trajano (XCVII) scrive dei primi cristiani: « Soliti antem lucem stato die convenire, carmenque Cristo, quasi Deo, dicere secum invicem; seque sacramento non in scelus aliquod adstringere, sed ne furta, ne adulteria, neque latrocinia com-

mitterent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent, quibus peractis morem sibi discedendi fuisse, rursusque capiendi cibum (agape) promiscuum tamen et innoxium ». Ebbene, anche sotto l'aspetto umano i primi sacerdoti cristiani perchè ferventi, dotti e virtuosi seppero attirarsi quella stima che li elevò ad arbitri, pacieri, giudici, oracoli nella cristianità, non solo fra i popoli, ma anche fra i regnanti; del quale ascendente fu una pallida immagine nell'antico Senato di Roma, che un poeta enfaticamente qualificò « non d'uomini consiglio, ma di Numi ».

La Chiesa tutrice della concordia e della pace fa trionfare il diritto e la giustizia, massime dopo la introduzione del *feudalismo;* e tale si mantenne, sebbene con qualche intermittenza più o meno lunga. cui tennero dietro restaurazioni, di cui le più recenti quella di Pio VII nel 1.° quarto del 1800 e di Pio IX nel 1849, a non parlare della influenza di Urbano V.

« Le cose — osserva acconciamente il dotto professore — fuori del loro stato naturale, o non vi si adagiano, o non durano. E quelle funzioni, che indotte dalle circostanze non sono omogenee, connaturali agli istituti o persone, hanno sempre la condizione della *rivocabilità* quando altri tempi ed opinioni prevalgono.

« Il potere temporale affidato ai Papi era di questo genere ».

Fatto un rapido cenno sulla scuola del diritto divino intorno alla *Sovranità*, che riconosce Iddio la sola origine mediata e remota, di essa, il Soro soggiunge che la sovranità immediata, ossia il riconoscimento della persona (elezione ed investitura) è lasciata agli uomini.

« Tuttavia in lunghezza di tempo, sostengono i partigiani di quella scuola, e negli avvenimenti si è manifestata chiaramente la volontà di Dio, a suggello e consacrazione dei fatti compiuti ».

A queste pretensioni si può — sostiene il Soro — opporre la seguente *retorsio argumenti:* « Se nel loro senso il tempo e gli eventi sono presunzioni della divina volontà per l'esercizio ed investitura più o meno lunga del Regno; perchè non varrà altrettanto contro di essi quella che si può trarre da eventi contrari, in virtù dei quali sono stati esautorati, specie, se con un atto solenne cotanto, come un plebiscito, preceduto da una imponente, opportuna rivoluzione? ».

A proposito di questo profondo rilievo, crediamo calzi molto il famoso dilemma di Gamaliele, dotto rabbino: « Le conseguenze dei medesimi eventi, o sono — egli diceva — opera di Dio, oppure opera degli uomini. Se di Dio e della sua provvidenza, dureranno; nè l'uomo potrà, nè un potere qualsiasi efficacemente opporvisi, *quis ut Deus in posse et velle?* Se poi fosse umana, allora presto e quanto prima si dissolverà, come una cosa effimera, passeggiera » (*Atti degli Apostoli*, Cap. V, Versicoli 38-39).

« Il lasso — rileva dopo ciò il Soro applicandolo al caso di Roma attuale — di oltre anni trenta, *longum sane vitae humanae spatium*, ci autorizza a credere, che il tutto *sia opera divina* ».

Altri poderosi argomenti adduce il Soro a sostegno della sua

tesi, tra i quali non trascurabile quello dello sviluppo della coltura laica fino ad eguagliare e superare quella del ceto sacerdotale; per la qual cosa avutasi dai laici la vera coscienza dello stato loro e dei loro diritti reagirono, chiedendo quello che gli Inglesi chiamano *self-government.*

« Come si può sostenere questo potere temporale — dice il Soro — sotto una fase, nella quale si vorrebbe regnare sopra cittadini riluttanti, persuasi della *esclusività* od *incompatibilità* delle funzioni (religiose-politiche), forse anco di una incapacità nei chierici perchè, generalmente, *bona saeculi parum intelligunt,* dopo tutto, a ritroso di una pubblica, universale opinione prevalente, imperiosa? ».

Sia pure, nè si può negare, che i papi siensi resi grandemente benemeriti, lasciando che la *fama beneficiorum memor* esalti i benefattori, è d'uopo però riconoscere la potenza e l'efficacia del diritto pubblico moderno, dei plebisciti, secondo ed a norma dei quali va a reggersi ogni popolo civile trionfalmente.

Noi non diremo in conclusione: il maggior prete torni alla rete; la Chiesa cristiana cattolica rientri nelle catacombe: no! Ciò sarebbe soverchio e ben ridevole. « Ai papi però, che hanno spirito e senso alto della loro vocazione, si dovrebbero — conchiude il Soro — *rebus sic stantibus* e che, speriamo, dureranno per volere di Dio che le ha permesse, applicare in qualche modo quelle parole che gli antichi soleano ripetere:

« **Cura vobis Divum effigies ac templa tueri.**
Bella alii, pacemque gerant ».

O come gli Apostoli nel creare i sette diaconi:

« Non est aequum nos ministrare mensis. Instemus orationi et ministerio verbi ».

A corollario di questa esposizione storica e razionale splendidamente fatta dall'egregio docente, egli sente la coscienza di poter in ultimo sostenere che « la perdita del potere temporale avvenuta nel 1870-71 per i fatti ben noti, dopo tutto, non può essere agli occhi e giudizio sereno dei veri seguaci di Cristo e degli Apostoli, se non un *vile damnum, divitiae miserae.*

Anzi una provvidenziale liberazione da quella soma, che giusta il poeta « per confondere in sè due reggimenti » riuscì ai più grandi conflitti, anche al vituperio ».

***

L'ultima parte dell'elaborata prelezione si intitola *Il desideratum nell'attualità*, che brevemente riassumo.

È questa una vera perorazione inspirata ai più alti sensi di venerazione ed affetto a quel grande pontefice Leone XIII, ministro primo del Divino che fondò il cristianesimo, e che dal Vaticano irradia la sua voce su tutto l'orbe cattolico, dispensiere opportuno dei tesori e carismi della Santa Chiesa.

Se la voce del modesto, ma pur valente insegnante del diritto

canonico nella Università di Cagliari, potesse giungere a quella altezza in cui si asside il *Princeps pacis*, come lo chiama Isaia, egli, il Soro, non si periterebbe di dire: « Santo Padre, voi cui incombe la *sollecitudo omnium Ecclesiarum*, aggiungete ai fasti vostri gloriosi quest'altra aureola: *la pace*, voglio dire, la santa sospirata conciliazione della Chiesa e del nostro Stato. Santo Padre riconoscete il regno d'Italia!

« Un tal singolare avvenimento segnerà il vostro nome a lato dei più celebri pontefici, dei più benemeriti riformatori.

« Realizzandosi questo voto — *pace Ecclesiae et imperio restituta* — si avrà, scrive il Soro ed io con lui lo desidero e lo spero, un finale splendido risultamento, che coi latini esprimeremo: *Divisum Imperium cum Jove Caesar habet* ».

Questo accurato, coscienzioso e dotto saggio del venerando mio maestro è una prova del suo indefesso studio, dell'amore intenso che egli ha per la cattedra che tanto degnamente occupa da oltre trent'anni; è infine una prova che nella nostra negletta Università la scienza vien coltivata e tenuta su al livello dei tempi. Ma sia fatalità di eventi o quell'inerzia che in tutte le nostre opere tristamente non ci abbandona, non siamo ancora riusciti a far capire a noi stessi che *volere* è *potere*, ed a chi di ragione che lo stato di inferiorità del nostro Ateneo è una vera ingiustizia che fa disdoro alla nostra gran patria italiana, tanto amata e difesa in ogni evento dai Sardi.

Cagliari, 8 gennaio 1901.

AVV. S. PALOMBA.

RECENSIONI.

AVV. VALERIO FOLCO. — ***Il procedimento civile secondo la nuova legge.*** — **Torino, S. Lattes e C., 1901, pagine 122. L. 2.**

È un libriccino di indiscutibile utilità pei procuratori legali che, mentre debbono quotidianamente applicare le nuove norme sul procedimento in materia civile, con certa difficoltà potrebbero procurarsi gli elementi di esplicazione ed interpretazione della legge 31 marzo 1901 e del regolamento relativo, che si trovano dispersi, come ben dice l'A., in varie e poco pratiche pubblicazioni.

Premessa la relazione presentata al Senato nella tornata del 30 gennaio 1901 dall'on. Carnazza-Puglisi, l'A. riferisce i testi della legge e del regolamento corredandoli di frequenti note illustrative tolte, con retto discernimento, dalle numerose relazioni ministeriali e delle Commissioni, nonchè dalla relazione ultima del ministro Cocco-Ortu a S. M.

L'A. coordina spesso, richiamandole, le disposizioni della legge e quelle del regolamento nonchè gli articoli del codice di procedura che alle une e alle altre si connettono. Chiudono opportunamente il succoso volumetto una tavola di riferimento degli articoli della legge e del regolamento a quelle del citato codice e di alcune leggi speciali; e infine un diligente indice analitico.

(v.)

Bibliografia *)

1. **Allevi Giovanni.** L'utopia riformista. Ascoli Piceno, Tip. economica, 1901, in-16. pag. 111.
2. **Amar Moisé.** Industria. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 338. Milano, Soc. Ed. Libraria.
3. **Anfossi Paolo Candido.** Gli statuti inediti di Riva presso Chieri: studio storico. Torino, C. Clausen (tip. Bosio e C.), 1901, in-16, pag. 72.
4. **Aprile Gaetano.** L'*actio finium regundorum*: studio sulla teoria del diritto romano. Roma, libr. E. Loescher e C. di Bretschneider e Regenberg (Tip. della R. Accademia dei Lincei di V. Salviucci), 1901, in-8, pag. 44.
5. **Arias Gino.** I trattati commerciali della repubblica fiorentina. Volume I (secolo XIII). Firenze, succ. Le Monnier (Tip. galileiana), 1901. in-16, pag. XXII-523.
6. **Arias Gino.** Le istituzioni giuridiche medievali nella Divina Commedia. Firenze, F. Lumachi (Tip. elzeviriana), 1901, in-8, pag. VI-240.
7. **Arieti Giuseppe.** Il Consorzo agrario cooperativo di Mantova. Mantova, A. Mondovì e figlio. 1901, in-8, pagina 462 e tav.
8. **Artom Umberto Guido.** Dell'applicabilità del diritto internazionale: tesi di laurea. Torino, Tipografia economica F.lli Levi, 1901, in-16, pag. 35.
9. **Balegno Eugenia.** Ruskin e il suo apostolato sociale. Milano, Società editr. « La Poligrafica », 1901, in-16, pag. 53.
10. **Ballerini Eugenio.** Natura giuridica ed effetti delle concessioni fatte dall'autorità amministrativa ai privati sul suolo pubblico ovvero da privati sul suolo privato. Napoli, tip. Priore, 1901, in-8, pag. 27.
11. **Ballerini G.** Analisi del socialismo contemporaneo. 4.ª edizione corretta ed accresciuta. Siena, tip. S. Bernardino, 1901, in-16, pag. XXI-381.
12. **Balletti L.** La municipalizzazione dei servizi pubblici in Italia: studio economico-sociale. Varese, tip. Maj e Malnati, 1901, in-16, pag. 55.
13. **Bertolini Angelo.** Il corso forzato. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 340. Milano, Soc. Ed. Libraria.
14. **Bianchi Nerino.** La municipalizzazione dei pubblici servizi all'estero e in Italia: studio economico sociale con copiosi dati statistici. Pesaro, tip. G. Federici, 1901, in-8, pag. 102.
15. **Brugi Biagio.** Recenti studi su antichi maestri di diritto: le opere di Jacques de Révigny (Jacobus a Ravanis) in *Atti e Mem. della R. Accademia di scienze, lettere ed arti di Padova*, a. CCCLIX (1899-1900). Nuova serie, vol. XVI, disp. 4. Padova, tip. G. B. Randi, in-8, pagine 247-358.
16. **Brunetti Antonio.** Del riscatto convenzionale nella compra-vendita: studio. Torino, F.lli Bocca Rocca S. Casciano, tip. Cappelli, 1902, in-8, pag. XII-147.
17. **Brunialti Attilio.** Demografia. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 339. Milano, Soc. Ed. Libraria.
18. **Buonamici Francesco.** Sull'indice (Syntagma) degli autori e dei libri che servirono alla compilazione delle Pandette (*Annali delle Università Toscane*, t. XXIII). Pisa, Vannucchi, in-4, pagine 324 e 2 tav.
19. **Carano-Donvito Giovanni.** Studio critico dei mezzi di accertamento in diritto tributario. Parte generale (Studio critico teorico dei mezzi di accertamento). Gioia, tip. A. Bellis e C., 1901, in-8, pag. 157.
20. **Ceci Eduardo.** Psicopatie sessuali: amore lesbico. Napoli, tip. Muca, 1901, in-16, pag. 16.
21. **Cesarini Francesco Paolo.** Di alcune riforme legislative. Parte I: La esecuzione dei decreti di amnistie ed indulti. Napoli, tip. Tocco, Salvietti e Gaeta, 1901, in-8, pag. 15.
22. Commemorazione del comm. Antonio Guagno, fatta dalla Corte d'appello e dalla Procura generale di Bologna nell'assemblea generale del 4 maggio 1901. Bologna, senza tipografia, 1901, in-16, pag. 23.
23. *Comune (Il) aperto:* giornale amministrativo della provincia di Girgenti:

*) Sotto questa *rubrica* riferiremo, mese per mese, tutte le nuove pubblicazioni legali che appariranno in Italia. Ogni appostazione della rubrica recherà un numero progressivo che sarà riportato nell'*indice annuale* alla voce corrispondente alla materia trattata offrendo così in qualunque tempo ai nostri fedeli abbonati il mezzo di conoscere colla massima sollecitudine *tutta la più recente letteratura* sopra un argomento.

periodico settimanale. Girgenti, tipog. Formica e Gaglio, 1901, in-4, pag. 4.

24. **Crespolani Riccardo.** Delitti contro la libertà dell'industria. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 338. Milano, Soc. Ed. Libraria.

25. **D'Agostino Salvatore.** Due quistioni di diritto comunale: 1. Se le deliberazioni che le giunte municipali devono prendere in base all' art. 136 della legge comunale e provinciale, nuovo testo unico 4 maggio 1898, N. 164, vincolino il comune verso i terzi; 2. Attribuzioni dei sindaci nei casi urgenti di igiene e sicurezza pubblica. Acireale, tip. Donzuso, 1901, in-8, pag. 27.

26. **De Filippis Francesco.** Lucro dotale. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 337. Milano, Soc. Ed. Libraria.

27. **De Rubeis Raffaele.** Denunzia. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 339. Milano, Soc. Ed. Libraria.

28. **Di Domenico Alberto.** La cambiale in bianco e la cambiale domiciliata. Napoli, tip. G. Cozzolino, 1901, in-8, pagine 10.

29. **D'Uva Orazio.** Intorno al censimento - discorso letto il 26 gennaio 1901. Trani, V. Vecchi, 1901, in-8, pag. 5.

30. **Fanti Innocenzo.** Macchine e caldaie a vapore. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 337. Milano, Soc. Ed. Libraria.

31. **Galdi D.** Trattato della industria mineraria: economia e legislazione mineraria. Caltanisetta, Lo Maglio e Licitri (Tip. Ospizio provinciale di beneficenza Umberto I), 1901, in-8, pag. 501.

32. **Laurent Francesco.** Principii di diritto civile. Prima traduzione italiana, 2.ª edizione diligentemente riveduta e migliorata con raffronti ed appendici concernenti la legislazione e la giurisprudenza italiana. Vol. XXIX. Dei privilegi e delle ipoteche. Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901, in-8, pagine xxxv-431.

33. **Lessona Carlo.** Teoria delle prove Vol. V: accesso giudiziale; intervento istruttorio; presunzioni. Firenze, libr. F.lli Cammelli di R. Conti (Prato, tip. Giachetti, figlio e C.), 1901, in-8, pagine 429.

34. **Liberi Ausonio.** I drammi del martello: note giudiziarie. Torino, tip. Origlia, Festa e C., 1901, in-8, pag. 64.

35. **Marini Attilio.** Il rendiconto dei comuni. Pisa, tip. Economica, 1901, in-8, 3 volumi.

36. **Maroni Guido.** Avvocati e procuratori. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 335. Milano, Soc. Ed. Libraria.

37. Memoria (In) di Angelo Messedaglia; commemorazione fatta nella Commissione per la statistica giudiziaria e notarile nella seduta del 21 giugno 1901. Roma, Tip. nazionale di G. Bertero e C., 1901, in-8, pag. 15.

38. **Messa Gian Carlo.** Dell'infamia in diritto romano. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 338. Milano, Soc. Ed. Libraria.

39. **Modugno Michele.** La compilazione dei regolamenti locali d'igiene nello stato attuale della nostra legislazione sanitaria. Avellino F.lli Maggi, 1901, in-8, pag. 110.

40. **Montemartini Giovanni.** Capitale. *Enciclopedia giur. it.*, fasc. 336. Milano, Soc. Ed. Libraria.

41. **Perrier G.** Manuale teorico-pratico ad uso dei ricevitori postali e telegrafici e loro supplenti al corrente colle ultime disposizioni regolamentari. Borgo S. Dalmazzo, tip. G. Perrier, 1901, in-8, pag. xiv-267.

42. **Perrotta Agatino.** La legge sugli onorari dei procuratori; considerazioni ed appunti. Catania, Tip. Roma dei Fratelli Perrotta, 1901, in-8, pag. 53.

43. **Petrucci Antonio.** Il pubblico ministero avanti le preture: disegno di legge. Foligno, tip. F. Campitelli, 1901, in-8, pag. 13.

44. **Pierri Alfredo.** La ricettazione secondo il codice penale italiano. Napoli, Tip. del « Dritto e Giurisprudenza », 1901, in-8, pag. 97.

45. **Pierson N. G.** Problemi odierni fondamentali dell'economia e delle finanze. Traduzione dall'olandese del dottor Erasmo Malagoli. Torino, Roux e Viarengo, 1901, in-8, pag. xvi-472.

46. **Postinger C. T.** Documenti in volgare trentino della fine del Trecento relativi alla cronaca delle Giudicarie (Atti della I. R. Accademia di Scienze, lettere ed arti degli Agiati di Rovereto, Anno accademico CLI, serie III, vol. VII, fasc. 1-2). Rovereto, Tip. Roveretana, ditta V. Sottochiesa, 1901, in-16, pagine lxxxvi-247.

47. **Prato Giuseppe.** Della costituzione di servitù per la destinazione del padre di famiglia: dissertazione di laurea nella R. Università di Torino. Torino, tip. Baravalle e Falconieri, 1901, in-8, pag. 67.

48. **Presutti Errico.** Le associazioni religiose in Francia. Napoli, Detken e Rocholl (tip. A. Tocco e A. Salvietti), 1901, in-16, pag. 94.

49. **Presutti Errico.** Lo stato moderno. Napoli, tip. Priore, 1901, in-8, pag. 65.

50. Proposte per la rinnovazione dei trattati di commercio con la Svizzera, la Germania e l'Austria Ungheria (Camera di commercio ed arti della provincia di Bari). Bari, tip. G. Laterza e figli, 1901, in 8, pag. 49.

51. **Rabbeno Aronne.** Manuale dell'emigrazione: storia, statistica, relazioni, discussioni, testo delle leggi, regolamenti e giurisprudenza: *vade-mecum* per gli emigranti, vettori, municipie funzionari tutti dell'emigrazione. Firenze, G. Barbèra, 1901, in-16, pag. xi-585.

52. **Racioppi Francesco.** Commento allo

statuto del Regno. Vol. I (dal preambolo all'art. 23). Roma, libr. E. Loescher e C. di Bretschneider e Regenberg (Tip. nazionale), 1901, in-8, pagine XII-716.

53. **Raffaele Antonio**. Il medico ed il giudice nella legge sugli infortuni del lavoro: legislazione, medicina, giurisprudenza. Napoli, N. Jovene, 1901, in-8, pag. XVI-436.

54. Riforma del procedimento sommario: relazione del Ministro guardasigilli a S. M. il Re per l'approvazione del regol. 31 agosto, n.° 413. *Collezione legislativa « Portafoglio »*. Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901, in-16, pag. 20.

55. **Scaduto Francesco** Riordinamento delle proprietà e degli enti ecclesiastici in Italia. Napoli, Tip. « Diritto e Giurisprudenza », 1901, in-8, pag. 14.

56. **Serpieri N**. Sulla fondazione di un istituto di emissione di certificati di rendita ipotecaria e di credito ipotecario; progetto. Firenze, Tip. per minori corrigendi, G. Ramella e C., 1901, in-4, pag. 43.

57. **Setti Ernesto**. Gli equivoci dominanti nella sociologia. Parte I (L'equivoco fondamentale, sulla natura organica della società). Modica, tip. C. Papa, 1901, in-8, pag. 77.

58. **Stella Maranca Filippo**. Il tribunato della plebe dalla *lex Hortensia* alla *lex Cornelia*. Lanciano, R. Carabba 1901, in-8, pag. 126.

59. *Studi Sassaresi*: pubblicati per cura di alcuni professori della Università di Sassari. Anno I, fasc. 1 (15 marzo 1901). Sassari, tip. Gallizzi e C., in-8, pagina 80.

60. **Tambaro Ignazio**. Il voto palese e il voto obbligatorio. Napoli, tip. Priore, 1901, in-8, pag. 50

61. **Trespioli Gino**. Sommario del pensiero filosofico sociale dell' ultimo secolo. Milano, tip. L. Magnaghi, 1901, in-16, pag. 35.

62. **Vignali Giovanni**. Le tasse di bollo nella teoria e nel diritto positivo italiano. Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901, in-8, pag. XXIV-440.

63. **Zanazzo Ferdinando**. Una riforma urgente: le opere pie e l'insegnamento professionale in Italia. Roma, libreria E. Loescher e C. di Bretschneider e Regenberg (Tip. La Speranza), 1901, in-8, pag. 65.

64. **Zino Giuseppe**. La gelosia in Sicilia: studio medico - psicologico. Messina, A. Trimarchi (Tip. D'Amico), 1901, in-16, pag. 110.

Indice dell'annata XXVI
(1901)

A

B

C

Competenza civile e commerciale.

1. Anche nei casi in cui la controversia sia determinata da un atto commerciale per una sola delle parti ha luogo la competenza territoriale speciale dell'art. 91 c. p. c. (C. Torino, 6 agosto 1900, *n.*), 46.

2. La competenza territoriale speciale di cui all'art. 91 c. p. c. ha luogo anche quando la controversia sia determinata da un atto commerciale per una sola delle parti e vale pure per le azioni dipendenti dalla esecuzione del contratto o atto commerciale o connesse alla medesima (C. Torino, 31 ottobre 1900, *n.*), 132.

3. La domanda diretta ad ottenere la dichiarazione che un credito sia simulato appartiene sempre alla competenza del foro del convenuto, anche se l'attore domandi, in conseguenza, l'annullamento d'una iscrizione ipotecaria (C. Napoli, 14 agosto 1900), 136.

4. *Luogo* in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, a sensi e per gli effetti di cui all'art. 91 c. p. c., è tutto il *territorio* soggetto alla stessa giurisdizione della località in cui l'obbligazione venne contratta o si deve eseguire.

5. Conseguentemente la citazione del convenuto in persona propria, a sensi e per gli effetti di cui al predetto art. 91 c. p. c., è valida anche se non è fatta nella precisa località in cui fu contratta o dove deve eseguirsi l'obbligazione, qualora venga fatta in un'altra località che si trovi però soggetta alla medesima giurisdizione (A. Casale, 10 luglio 1900, *n.*), 144.

6. L'autorità giudiziaria è competente a conoscere dell'azione con la quale un privato compreso in un consorzio, sostenendo la illegale costituzione del medesimo, pretenda di esserne dichiarato escluso (C. Roma, sez. un., 17 gennaio 1901), 535.

7. Non può in appello dedurre la incompetenza per territorio il convenuto, comparso in primo giudizio, anche soltanto per chiedere rinvii (C. Torino, 17 dicembre 1900, *n.*), 536.

8. L'art. 91 c. p. c. non è applicabile in materia di obbligazioni derivanti da fatto illecito dannoso (A. Bologna, 15 marzo 1901, *n.*), 540.

9. L'art. 107 c. p. c. esplica una semplice regola di competenza territoriale, in relazione ai casi di giurisdizione contemplati nei precedenti art. 105, 106.

10. La *reciprocità* di cui all'art. 105, n. 3 c. p. c. può risultare in qualunque modo dalla legislazione interna di uno Stato.

11. L'art. 14 c. c. francese, secondo cui lo straniero che contratta con un francese può essere convenuto senz'altro dinnanzi ai tribunali francesi, costituisce un caso di reciprocità agli effetti dell'art. 105, n. 3 c. p. c.

12. Perciò, un francese che contratta con un italiano può essere convenuto senz'altro dinnanzi ai tribunali italiani (C. Torino, 26 gennaio 1901, *n.*), 618.

— V. *Contratto di lavoro* 2, 3 - *Danni* - *Esecuzione forzata*, 5 - *Farmacie*, 5, 8 - *Ferrovie* - *Impiegati*, 2 - *Istituzioni di beneficenza*, 5 - *Medici e chirurghi* - *Società prediali* - *Spedalità*, 2.

Competenza penale, v. *Ferrovie* - *Stampa*, 2, 3.

Comune.

1. Bibliografia, **12, 14, 22, 25, 35,** p. 920, 921.

2. I Comuni non hanno facoltà di monopolizzare il servizio delle pubbliche affissioni (A. Catania, 28 maggio 1900, *n.*), 146.

3. L'acquisto di beni stabili per parte di Comuni e Provincie è soggetto alla necessità della autorizzazione del prefetto anche quando concerna beni destinati ad accrescere il rispettivo demanio (IV sez., 22 febbraio 1901), 398.

4. I Comuni presso i quali trovasi organizzato il servizio pubblico dei *pompieri* non possono pretendere dai privati il rimborso delle spese di estinzione d'un incendio (A. Torino, 12 aprile 1901, *n.*), 524.

5. Non è delegabile al sindaco la facoltà della Giunta di fissare la data delle convocazioni ordinarie e straordinarie del Consiglio comunale, neppure nel caso in cui la Giunta avesse deliberata l'immediata convocazione del Consiglio, lasciando al sindaco di determinarne unicamente il giorno (IV sez., 18 gennaio 1901, *n.*), 557.

6. Non è lecito ai Comuni di conferire i loro pubblici uffici per mezzo di aggiudicazione al miglior offerente (Cons. di Stato, sez. int., 21 dicembre 1900, *n.*), 559.

7. A termini dell'art. 39 del regolamento comunale e provinciale 19 settembre 1899 rela-

D

5. L'obbligazione del vettore di rispondere dei danni derivati al viaggiatore durante il viaggio, e a cagione del modo con cui il trasporto fu effettuato, non deriva dal contratto, ma dalla legge.

6. Conseguentemente l'azione di danno nascendo da un delitto, non ha carattere commerciale, ma civile.

7. Applicazione in tema di competenza territoriale (C. Torino, 6 dicembre 1900, *n.*), 120.

8. A differenza che in materia contrattuale, i danni morali costituiscono un titolo di risarcimento pecuniario, se siano conseguenza di un delitto o di un quasi delitto (C. Napoli, 15 settembre 1900, *n.*), 133.

9. Il padre non risponde a sensi dell'art. 1153 c. c. pel proprio figlio minorenne secolui abitante nominato a sua insaputa custode giudiziario (C. Palermo, 9 giugno 1900, *n.*), 140.

10. La seduzione di donna minorenne, mediante promessa di matrimonio, obbliga l'autore al risarcimento dei danni.

11. 'E giudizio incensurabile quello del magistrato di merito circa la liquidazione dei danni (C. Firenze, 24 gennaio 1901, *n.*), 282.

12. L'esperimento dell'azione *ex contractu* non esclude che il contraente possa esperire anche l'azione *ex delictu* pel danno risentito nell'esecuzione del contratto (C. Palermo, 2 aprile 1900, *n.*), 297.

13. L'amministrazioue pubblica che abbia aperto un *concorso* per la nomina o la promozione di taluni impiegati fissando le norme e gli effetti del concorso medesimo, non può poi derogare a tali norme o modificare tali effetti senza rispondere dei danni per la lesione dell'altrui diritto.

14. In tal caso il danno va ragguagliato allo stipendio o parte di stipendio non potuto ottenere (A. Catania, 21 luglio 1900, *n.*), 306.

15. Il proprietario di un animale risponde dei danni dal medesimo arrecati, unicamente nel caso in cui tali danni siano imputabili a sua colpa (A. Milano, 15 febbraio 1901, *n.*), 381.

16. 'E competente l'autorità giudiziaria a pronunziare sull'azione promossa contro la pubblica amministrazione per farla dichiarare responsabile dei danni derivati alle persone dei cittadini transitanti per le strade pubbliche in conseguenza della cattiva costruzione o conservazione di dette strade (A. Bologna, 4 maggio 1900, *n.*), 387.

17. Le condizioni apposte al programma di concorso legalmente approvato per il conferimento di un ufficio comunale costituiscono la legge del concorso stesso, di guisa che, una volta questo eseguito, sorge il diritto nel concorrente a veder rispettate quelle condizioni e il Comune non può rifiutarsi all'adempimenio degli obblighi assunti.

18. Conseguentemente il concorrente che sia stato designato dalla Commissione all'uopo delegata o che per effetto dell'ingiusto annullamento del concorso abbia perduti i diritti col medesimo acquistati, può agire giudizialmente contro il Comune per ottenere il risarcimento dei danni (C. Napoli, 8 febbraio 1901, *n.*), 452.

19. Anche nei rapporti con la pubblica Amministrazione l'apertura d'un concorso pel conferimento d'un impiego attribuisce in massima, al candidato che l'abbia vinto, un vero e proprio diritto ad essere eletto, ed in mancanza ad agire giudizialmente.

20. Ma questo non si verifica se, prima che il candidato sia eletto, una riforma organica abbia soppresso o trasformato l'impiego messo a concorso.

21. Gli avanzamenti di carriera, quantunque risultanti dalle discipline regolamentari, non rappresentano un vero diritto dell'impiegato, ma una semplice speranza — onde la Pubblica Amministrazione può, sempre che creda utile, modificare il sistema (C. Napoli, sez. un., 30 gennaio 1901, *n.*), 453.

22. È tenuto al risarcimento del danno cagionato il seduttore di donna giovane, povera ed onesta, specie se sia d'età matura e d'agiata condizione, se abbia abusato di antiche relazioni di famiglia e promesse di lieto avvenire (A. Bologna, 21 dicembre 1900, *n.*), 466.

23. Il Comune risponde del danno causato al privato coll'elevamento del livello d'una strada comunale, solo in quanto ne derivi la imposizione e l'aggravamento di un onere reale sopra il fondo di lui (C. Torino, 2 aprile 1901, *n.*), 603.

24. I danni morali costituiscono titolo di risarcimento pecuniario (A. Trani, 15 aprile 1901, *n.*), 623.

25. È responsabile dei danni derivati dalla illecita riproduzione il fabbricante in fiammiferi che, senza averne licenza, riproduca sulle sue scatolette talune fotografie poste, dal fotografo che le ha eseguite, sotto la protezione della legge sui diritti d'autore.

26. Nella determinazione dell'ammontare di questi danni si deve tener conto, non solo di quanto il fotografo avrebbe potuto pretendere dal fabbricante di fiammiferi come compenso della concessione di riproduzione, ma altresì di quella perdita di guadagno che il fotografo ha dovuto subire in conseguenza dell'abusiva diffusione delle opere sue (A. Torino, 2 aprile 1901, *n.*), 705.

27. La sentenza penale di condanna in quanto accerta l'esistenza del fatto colposo fa stato nel giudizio civile in confronto del civilmente responsabile.

28. Il padre è responsabile del malefatto del figlio il quale abbia urtato un compagno in modo da determinarne la caduta, con frattura di una gamba.

29. Ad esonerare da tale responsabilità non basta provare che il padre era assente e che il figlio era di natura ribelle (A. Trani, 22 gennaio 1901, *n.*), 786.

30. Una Società ferroviaria è responsabile dell'incendio causato dalle scintille sfuggite alle locomotive, salvo la prova che dette scintille siano sfuggite nonostante le precauzioni prese per evitare il pericolo (C. Firenze, 28 febbraio 1901, *n.*), 856.

— V. *Farmacia*, 5 - *Ferrovie* - *Medici e chirurghi* - *Trasporto*, 2 - *Vendita*, 2, 3, 7.

E

2. Soltanto il giudice civile nella sentenza omologatrice del concordato può accordare i benefici di legge al fallito imputato di bancarotta semplice, in difetto di che il magistrato penale deve procedere (Cass. 23 marzo 1900, *n.*), 75.
3. Sono denunziabili in cassazione le sentenze inappellabili rese in materia di fallimento.
4. La circostanza che un credito ammesso dal giudice delegato venga ad essere oggetto di contestazione non toglie che il creditore abbia diritto di concorrere nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verifica alla votazione per mutare i membri della delegazione di sorveglianza.
5. La maggioranza dei creditori di cui si occupa il capoverso dell'art. 723 c. comm. per la mutazione dei membri della delegazione, non è la semplice maggioranza dei creditori presenti, ma la vera maggioranza dei crediti (C. Torino, 18 gennaio 1901, *n.*), 198.
6. Qualora importi una riduzione dei crediti, l'accordo amichevole di cui all'art. 825 cod. comm. non vincola la minoranza dissenziente (C. Roma, 11 gennaio 1901, *n.*), 200.
7. Il privilegio del venditore di macchine, a sensi dell'art. 773 n. 3 cod. comm., sussiste anche quando l'acquirente le impieghi nell'industria di noleggiarle abitualmente ad altri industriali o agricoltori.
8. A nulla rileva, in riguardo, che le macchine siano state acquistate in vista dell'impianto di una industria nuova.
9. La trascrizione dell'atto da cui risulta la vendita e il credito di cui al suddetto articolo 773 n. 3 c. comm. può essere validamente effettuata anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, purchè entro i tre mesi dalla consegna (A. Casale, 6 novembre 1900, *n.*), 302.
10. Il giudice della bancarotta può sempre apprezzare agli effetti penali se sussistano la qualità di commerciante nell'imputato e le altre condizioni per la dichiarazione di fallimento.
11. Il minorenne non autorizzato alla mercatura che venga dichiarato fallito, non può essere condannato per bancarotta, ma può esserlo invece per truffa (Cass. 10 dicembre 1900, *n.*), 394.
12. La massa dei creditori è un terzo a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1539 c. c., rispetto alla cessione di un credito, che dal fallito sia stata fatta prima del fallimento (C. Torino, 11 febbraio 1901), 613.
13. La revoca della sentenza dichiarativa del fallimento toglie ogni effetto alle sentenze precedentemente intervenute in confronto del curatore (A. Genova, 25 gennaio 1901, *n.*), 631.
14. Non è suscettibile di reclamo la sentenza colla quale il tribunale in Camera di consiglio respinge l'istanza di retrodatazione della cessazione dei pagamenti spiegata dal curatore del fallimento (A. Milano, 16 luglio 1901, *n.*), 779.
15. Non può il debitore di un fallimento opporre in compensazione un suo credito verso il medesimo (C. Napoli, 27 aprile 1901, *n.*), 852.
— V. *Associazione libraria*, 2 – *Successione*.

Falsità in giudizio.
1. La ritrattazione del falso giuramento fatta nel corso del relativo procedimento penale e dopo la definizione della causa civile, non dà luogo alla diminuente di cui nel capoverso dell'art. 221 c. p. (Cass. 8 novembre 1900, *n.*), 237.
2. Per l'art. 848 c. p. p. non può di regola provarsi con testimoni la falsità di un giuramento prestato circa la sussistenza o meno di una obbligazione eccedente le lire cinquecento.
3. Decidere se sussista un principio di prova scritta da fare ammettere la prova testimoniale è apprezzamento incensurabile del giudice di merito (Cass. 21 dicembre 1900, *n.*), 393.

Falso civile, v. *Simulazione*, 2, 4.

Falso penale.
1. Le cambiali sono equiparate agli atti pubblici agli effetti penali, ma, quanto all'essenza loro, si devono considerare scritture private.
2. La falsificazione di una cambiale non è perfetta se non coll'uso, il luogo del quale determina la competenza (Cass. 22 giugno 1900, *n.*), 71.
3. Non è applicabile l'art. 260 c. p. al detentore di strumenti i quali possano servire anche a scopi diversi dalla falsificazione delle monete, quantunque la intenzione del detentore stesso fosse di adoperarli a tal fine (Cass. 1.° febbraio 1901, *n.*), 546.
— V. *Velocipedi*.

Farmacia, farmacista.
1. Il proprietario d'una farmacia privilegiata esistente in Lombardia non viola gli obblighi che incombono per l'art. 1575 c. c. verso la persona a cui egli l'abbia data in affitto, per il semplice fatto di aver procurato e ottenuto dalla Prefettura il trasporto del suo privilegio da quella ad altra farmacia prima libera, se, non ostante tale cessazione di privilegio, l'esercizio farmaceutico dato in affitto continui regolarmente senza opposizione di sorta da parte dei terzi (A. Milano, 30 ottobre 1900, *n.*), 60.
2. Non commette reato il farmacista che rifiuta di somministrare medicinali per non essere stato pagato dallo stesso richiedente di altre somministrazioni (Cass. 30 ottobre 1900), 154.

3. La normale austriaca 10 ottobre 1835 sulle farmacie non stabiliva vincoli o privilegi pei quali si possa dire che secondo l'art. 68 della legge sanitaria rimanga alle provincie del Lombardo-Veneto tuttora sospeso il libero esercizio della farmacia (T. Milano, 25 maggio 1901, *n.*), 543.

4. Nelle provincie dell'ex-regno delle Due Sicilie sono tuttora in vigore i privilegi e vincoli inerenti all'esercizio della farmacia, di cui alla legge 10 aprile 1850 e al relativo regolamento 27 gennaio 1853.

5. 'E di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria il conoscere dell'azione di danni promossa da un farmacista privilegiato contro chi aperse abusivamente un'altra azienda farmaceutica.

6. Non può invece l'autorità giudiziaria ordinare la chiusura forzata della detta farmacia (C. Roma, sez. un., 17 giugno 1901, *n.*), 845.

7. Le farmacie esistenti in Lombardia anteriormente alla normale austriaca 10 ottobre 1835 devono ritenersi assistite da privilegio a sensi dell'articolo 68 della legge 22 dicembre 1888.

8. 'E incompetente l'autorità giudiziaria a conoscere se a termini di detta normale la farmacia che fa valere il privilegio si trovi in un raggio di abitato la cui popolazione ecceda i cinquemila abitanti.

9. Per ammettere l'interesse d'una farmacia privilegiata a pretendere la chiusura di altra ritenuta aperta abusivamente, non occorre che questa si trovi, per la sua ubicazione, in condizione da poter esercitare una concorrenza temibile (A. Milano, 12 luglio 1901, *n.*), 858.

— V. *Elezioni*, 6, 7.

Fatti nuovi, v. *Prova testimoniale*, 5.

Fedecommesso, v. *Successione*.

Ferracciu A., v. *Diritto costituzionale*, 1-4.

Ferrara F., v. *Simulazione*, 1.

Ferrara L., v. *Diritti d'autore*.

Ferrini C., v. *Diritto romano*, 3.

Ferrovie.

1. Indagine interpretativa della limitazione della responsabilità ferroviaria per le perdite, le avarie o ritardi nelle merci trasportate con le tariffe speciali, *L. De Meis*, 506.

2. La multa per ritardi ferroviari ha carattere di vera e propria pena applicabile al direttore dell'azienda per responsabilità propria e non in base all'art. 60 c. p.

3. Conseguentemente è sempre contro il direttore in carica al momento del fatto, che deve promuoversi e proseguirsi il processo, quantunque al tempo di questo egli abbia cessato dalla carica (Cass. 10 maggio 1900, *n.*), 73.

4. Gli impiegati addetti già alle costruzioni affidate dallo Stato alle Società concessionarie dell'esercizio delle Ferrovie non possono accampare la pretesa ai vantaggi di cui all'art. 82 del capitolato annesso alla legge 27 aprile 1885, se non quando siano stati individualmente ceduti dallo Stato alle Società (C. Roma, 17 novembre 1900, *n.*), 128.

5. È di competenza dell'autorità giudiziaria l'azione spiegata da un impiegato ferroviario contro la Società per asserita indebita destituzione, quando si tratti di vedere se la destituzione sia stata pronunziata nei casi previsti dai regolamenti (C. Torino, 27 novemvembre 1900, *n.*), 216.

6. Pei biglietti d'andata e ritorno a tariffa locale le Società concessionarie dell'esercizio delle ferrovie a sensi della legge 27 aprile 1885 possono — coll'assenso del Governo e notiziando il pubblico — stabilire quelle ulteriori condizioni che valgano a limitare il godimento per i soli trasporti locali.

7. Appartiene alla categoria di tali condizioni, legalmente stabilite, la prescrizione secondo cui la sezione di ritorno di simili biglietti non può essere vidimata o forata in treno, ma deve esserlo soltanto nei locali della stazione di ritorno dal guarda-sala d'aspetto, sotto pena del pagamento d'un supplemento di tassa pari al terzo della tariffa intera.

8. Il viaggiatore che sia trovato in treno munito della sezione di ritorno di biglietto a tariffa locale non debitamente forata, deve giudicarsi inoltre contravventore al disposto dell'art. 51 del regolamento 31 ottobre 1873 sulla polizia delle strade ferrate, e condannato a pene di polizia (Pretura Milano, Urbana, 10 aprile 1901, *con nota* dell'avv. prof. *E. A. Porro*), 469.

9. Il viaggiatore che sia trovato in treno colla sezione di ritorno d'un biglietto d'andata e ritorno non debitamente forata, non può essere ritenuto contravventore al disposto dell'art. 51 del regolamento per la polizia delle strade ferrate che punisce il viaggiatore il quale prende posto nel treno senza essere fornito di biglietto (Cass. 2 maggio 1901, *n.*), 546.

G

sensi dell'art. 28 legge t. u. 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato, sussiste anche nel caso in cui il ricorso alla IV Sezione fosse fatto da persona diversa da quella che fece il ricorso al Re (IV Sez., 18 agosto 1900, *n.*), 320.

— V. *Medici e chirurghi*.

Gobbi U., v. *Mutuo soccorso*.

Graduazione (giudizio di), v. *Perenzione*, 1.

Guagno Antonio - Bibliografia, **22**, p. 920.

I, J

Impiegati.

1. Anche i semplici salariati debbono ritenersi compresi nella categoria degli impiegati.

2. L'autorità giudiziaria non è competente a conoscere dell'azione promossa da un salariato comunale licenziato contro il Comune, quando il licenziamento sia stato dato per ragioni disciplinari (C. Roma, sez. un., 23 novembre 1900, *n.*), 619.

3. Il provvedimento ministeriale col quale sia stato revocato dall'impiego un funzionario, in base ad imputazioni tanto generiche, che non gli consentivano neppure la possibilità di una qualunque seria difesa, deve essere annullato (IV sez., 7 giugno 1901), 798.

— V. *Danni* - *Esecuzione forzata*, 3, 4 - *Ferrovie*.

Imposte e tasse.

1. Bibliografia, **19**, **62**, pp. 920, 922.

2. Non va soggetta a tassa di dazio consumo per minuta vendita la somministrazione di generi alimentari fatta dal direttore di un istituto di educazione agli alunni (C. Roma, 27 agosto 1900, *n.*), 45.

3. L'azione del contribuente contro l'esattoria, per restituzione di tasse indebitamente percette, va proposta non contro l'esattore in carica, ma contro quella persona che copriva la carica di esattore all'epoca dell'indebita percezione (C. Roma, 1.° marzo 1900), 59.

4. Se la commissione centrale abbia rimandato una controversia alla commissione provinciale perchè questa determini in via di estimazione il reddito, giusta i criteri da essa commissione centrale fissati, non è lecito alla commissione provinciale di nuovamente esaminare la questione di merito per scostarsi da quei criteri (Comm. centr., 30 gennaio 1900), 79.

5. I proventi derivanti ad una chiesa dalle elemosine dei fedeli, sono soggetti a imposta, a sensi dell'art. 3 lett. *e* legge 24 agosto 1877 sulla imposta di R. M. (C. Roma, 18 dicembre 1900, *n.*), 209.

6. 'E di esclusiva competenza delle autorità tecniche e amministrative di cui agli articoli 1-4 della legge 13 novembre 1887 sul procedimento per le controversie doganali, il conoscere delle controversie circa la qualificazione delle merci agli effetti dell'applicazione delle tasse di dogana (C. Roma, sez. un., 28 novembre 1900, *n.*), 212.

7. Non sono soggetti a tassa sul valore locativo i locali destinati all'esercizio di una casa di salute (A. Milano, 22 gennaio 1901, *n.*), 298.

8. Non sono soggetti a dazio consumo i materiali di costruzione impiegati nel riedificare colle precise proporzioni e condizioni un edificio distrutto da un incendio ed esistente in una parte agglomerata aperta di un Comune chiuso (A. Milano, 26 febbraio 1901), 380.

9. A termini dell'art. 17 della legge 8 luglio 1883 sulla bonifica dell'agro romano sono esenti dall'imposta per un decennio:

per natura tutti indistintamente i fabbricati dell'agro romano e non solamente quelli destinati alla bonifica dell'agro stesso;

per posizione, tutti i fabbricati fuori della cinta daziaria di Roma e quindi anche quelli costruiti nell'antico suburbio (C. Roma, 19 gennaio 1901, *n.*), 532.

10. La tassa di famiglia o fuocatico non può colpire il contribuente in più di un Comune.

11. Nel caso di dubbio si deve aver riguardo al Comune nel quale il contribuente tiene la sua dimora la maggior parte dell'anno (Consiglio di Stato, sez. int., 8 febbraio 1901, *n.*), 558.

12. Anche i frutti dei beni dotali sono soggetti a pignoramento per debito d'imposta di ricchezza mobile (C. Roma, 13 aprile 1901, *n.*), 599.

13. L'art. 25 della legge sull'imposta sui reddditi di R. M. 24 agosto 1897 non vieta alle Finanze di prendere in esame e rettificare i bilanci regolari delle Società anonime allo scopo di commisurare agli stessi l'imposta di R. M.

14. Le imprese d'assicurazione sulla vita devono corrispondere l'imposta di R. M. su quella parte d'interessi che sebbene prodotti dall'impiego della riserva matematica rimane a profitto delle stesso Compagnie (C. Roma, 21 maggio 1901, *n.*), 690.
15. Il contratto con cui il Comune concede ad una società l'impianto e l'esercizio di tramvie elettriche nonchè della pubblica distribuzione di energia elettrica, è analogo al contratto di locazione d'opera o di appalto e quindi va tassato a sensi dell'art. 49 della tariffa annessa alla legge di registro (C. Roma, 10 maggio 1901, *n.*), 692.
16. Il contratto di somministrazione di energia elettrica stipulato dall'azienda produttrice contro un corrispettivo di un canone annuo, va qualificato come appalto ed è quindi tassabile a sensi dell'art. 49 della tariffa annessa alla legge di registro (C. Roma, 14 maggio 1901, *n.*), 770.
17. Non è soggetta a tassa di dazio consumo nei comuni aperti la somministrazione di generi alimentari fatta dal direttore di un istituto di educazione agli alunni (C. Roma, sez. un., 7 maggio 1901, *n.*), 772.

Impotenza, v. *Matrimonio*, 5-7.

Inabilitazione, v. *Donna maritata*, 3.

Incendio, v. *Assicurazione*, 1 – *Comune* – *Danni*.

Infanticidio - L'infanticidio costituendo una figura speciale di reato, per effetto della minore età dell'imputato può il relativo giudizio essere deferito alla cognizione del tribunale (Cass. 17 ottobre 1900), 549.

Infortuni del lavoro.
1. Considerazioni sulla legge degli infortuni sul lavoro, *A. Lucci*, 513.
2. Bibliografia, **53**, p. 922.
3. L'obbligo della denunzia degli infortuni di cui alla legge 17 marzo 1898 non concerne le lesioni che producono conseguenze non eccedenti i cinque giorni.
4. In caso che si protragga oltre i cinque giorni una incapacità che il sanitario avesse erroneamente giudicata di non oltre cinque giorni, il termine per la denunzia decorre dal quinto giorno dal fatto (Cass. 15 giugno 1900, *n.*), 72.
5. Per l'art. 96 del regolamento 25 settembre 1898 per l'esecuzione della legge sugli infortuni del lavoro i prefetti hanno la competenza esclusiva di denunziare le contravvenzioni previste negli art. 19 e 20 della legge 17 marzo 1898, e 13, 17, 23 e 35 del regolamento.
6. Per tutte le altre contravvenzioni si applicano le norme ordinarie di procedimento.
7. L'art. 6 di detta legge accenna solo ai lavori non continuativi: i lavori ordinari sono previsti nell'art. 21 (Cass 9 novembre 1900), 236.
8. Riguardo agli operai che prestano servizio tecnico presso caldaie a vapore funzionanti fuori degli opifici, l'obbligo dell'assicurazione non è soggetto a limiti di numero (Cass. 6 luglio 1900), 550.
9. La legge 17 marzo 1898 sugli infortuni del lavoro non ha derogato al diritto comune pei reati di azione pubblica (Cass. 26 marzo 1901), 716.
10. L'operaio che incontrò la morte per aver voluto introdursi abusivamente a lavorare in un locale chiuso come pericoloso per espresso ordine dell'imprenditore non può considerarsi morto per infortunio sul lavoro agli effetti della liquidazione dell'indennità di assicurazione (A. Palermo, 6 maggio 1901), 784.

Ingiuria e diffamazione – È ammissibile la compensazione fra le ingiurie anche se non sono tutte querelate (Cass. 25 agosto 1900, *n.*), 70.
— V. *Rifiuto di servizio*, 2.

Integrazione del giudizio, v. *Appello civile*.

Interclusione di fondo, v. *Servitù prediale*.

Interdizione – Il delirio paranoico va considerato come quell'abituale infermità che giustifica senz'altro il provvedimento della interdizione, anche se sia alternato con periodi d'una relativa lucidità di mente (A. Firenze, 29 dicembre 1900, *n.*), 300.

Interdonato G., v. *Contratto di lavoro*, 9.

Interesse privato in atto d'ufficio, v. *Violazione di doveri d'ufficio*.

Interessi, v. *Danni* – *Donazione*, 4 – *Obbligazione*, 4.

Interrogatorio – Costituisce impedimento legittimo a comparire per rispondere ad un interrogatorio, il fatto dell'essere stata all'interrogando notificata l'ordinanza di fissazione del giorno in modo da non lasciargli tempo di recarsi davanti al giudice delegato (A. Torino, 27 dicembre 1899), 67.

Intervento in causa, v. *Appello civile* – *Azione popolare*.

Ipoteca – È efficace l'ipoteca consentita dal debitore posteriormente alla trascrizione del precetto (A. Catania, 18 maggio 1900, *n.*), 148.
— V. *Avvocati e procuratori* – *Cambiale*, 8 – *Competenza civile*.

Istituzioni di beneficenza.
1. Bibliografia, **63**, p. 922.
2. Tutte le Confraternite esistenti in Italia, anche quelle che hanno unicamente scopo di culto, sono soggette alla legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, loro vigilanza e tutela.

3. Conseguentemente, colla pubblicazione di detta legge, rimasero abrogate le RR. PP. Sarde 19 maggio 1831, le quali sottoponevano le Confraternite, anche di semplice culto, esistenti in Piemonte, alla necessità dell'autorizzazione della Corte d'appello per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

4. Conseguentemente ancora conviene modificare il tenore dell'art. 8 del r. d. 19 ottobre 1893 n. 586, nel senso di eliminare da esso la dichiarazione che le RR. PP. 19 maggio 1831 rimangono ancora in vigore (Cons. di Stato, sez. int., 29 novembre 1900, *n.*), 312.

5. Rientra nella competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria il decidere se un legato di beneficenza costituisca un ente autonomo o un semplice onere ereditario, agli effetti del concentramento nella Congregazione di carità, nei sensi dell'art. 40 legge 17 luglio 1900 (C. Roma, sez. un., 15 gennaio 1901, *n.*), 367.

6. Va annullata la risoluzione ministeriale che neghi di dar corso al concentramento di una istituzione pubblica di beneficenza, regolarmente proposto dalla Congregazione di carità, dovendo anche la esclusione dal concentramento essere proclamata, a norma dell'articolo 62 della legge 17 luglio 1890, per decreto reale, udito il Consiglio di Stato (IV Sez. 17 maggio 1901, *n.*), 637.

Istruzione.

1. Per quanto sia consentito ai Comuni i quali bandiscano direttamente un concorso all'ufficio di maestro, di richiedere particolari condizioni oltre a quelle prescritte nell'articolo 128 regol. gen. sull'istruz. elem. 9 ottobre 1895 (come, ad es., la prova d'esami — la patente di grado superiore anche per le classi inferiori — un massimo di età determinato, ecc.), non è tuttavia consentito di limitare il concorso stesso a una sola categoria di persone, nella specie ai soli laici, il che importa violazione dell'art. 24 cap. dello Statuto fondamentale.

2. Una tale limitazione non può ritenersi ammissibile neppure in vista di eventuali specialissime condizioni locali, consistenti nel trovarsi la popolazione del Comune divisa in diverse confessioni religiose.

3. Una tale limitazione giustifica da sola l'annullamento dell'intero concorso.

4. Tale annullamento può essere pronunziato dal Consiglio provinciale scolastico.

5. Il Consiglio prov. scol. può deliberare tale annullamento nell'occasione in cui gli siano sottoposte le nomine già state fatte, in seguito a detto concorso, dall'autorità comunale.

6. Nè osta a tale sua facoltà d'annullamento la circostanza che l'avviso di concorso, contenente la sovradetta illegittima limitazione, sia stato sottoposto dall'Autorità comunale al sindacato del R. Ispettore scolastico perchè verificasse se fosse conforme alla legge, e che questi vi avesse apposto regolarmente il nulla osta per la pubblicazione (IV Sez., 17 novembre 1900, *n.*), 158.

7. Chi ha conseguita la libera docenza, può esercitarla in tutte le Università del Regno, senza bisogno del parere della competente Facoltà della Università presso la quale il libero docente intende trasferire il proprio domicilio accademico, salva l'autorizzazione del Ministro e l'approvazione dei programmi da parte del Consiglio Superiore della P. I. (Cons. di Stato, Sez. Int., 15 marzo 1900, *n.*), 317.

8. Il semplice fatto che il Comune abbia provveduto alla nomina del maestro in seguito a concorso con deliberazione posteriore al 15 settembre non è motivo di annullamento da parte del consiglio scolastico provinciale, se questo non abbia nel frattempo preceduto alla nomina d'ufficio (IV Sez., 1.º marzo 1901), 477.

9. Il concorso del Governo a favore dei Comuni per l'aumento degli stipendi dei maestri elementari, stabilito con legge 11 aprile 1886, spetta a tutti i Comuni senza distinzione.

10. È quindi illegittima la determinazione del Governo di limitarla ai soli Comuni urbani.

11. Nè vale a giustificare tale determinazione il fatto che il fondo annuale di 3 milioni, stabilito con l'art. 3 di detta legge, sia stato, nell'apposito capitolo della legge di Bilancio dell'esercizio 1891-92 e successivi, ridotto a minori proporzioni, rendendo impossibile al Governo di mantenere regolarmente i contributi in corso (IV Sez., 8 febbraio 1901), 639.

12. Le leggi di pareggiamento delle Università minori non ebbero per iscopo nè per effetto di aumentare il numero dei posti di professore ordinario assegnati alle varie Facoltà (IV Sez., 8 marzo 1901), 799.

Istruzione penale, v. *Atti*, 3.

Jhering R., v. *Diritto*, 1 - *Diritto romano*, 2.

L

Lesione personale.

1. Nelle lesioni personali la concausa non può influire se non sulla commisurazione della pena nei limiti legali e per stabilire l'eccesso nel fine (Cass. 17 luglio 1900, *n.*), 156.

2. La circostanza che lo sportello di un carro ferroviario possa essersi aperto per difetto di costruzione e non perchè malamente chiuso dagli agenti ferroviari, non vale a prosciogliere questi dall'accusa per la lesione derivata dall'apertura (Cass. 26 marzo 1901), 716.

Libertà dell'industria (delitti contro la) - Bibliografia, **24**, p. 921.

Libri in dono al Filangieri, 36, 116, 518, 598, 684, 764.

7. In tema di nullità del matrimonio per impotenza di un coniuge è inammissibile una prova testimoniale da costui dedotta per dimostrare di aver avuto commercio con persona diversa dall'altro coniuge (A. Casale, 15 giugno 1900, *n.*), 65.

8. Il coniuge minorenne può esperire l'azione di impugnativa del matrimonio per vizio di consenso senza bisogno dell'assistenza del curatore (A. Palermo, 4 giugno 1900, *n.*), 145.

9. Sebbene non sia per sè stessa illecita, l'obbligazione di rimunerare il mediatore del matrimonio può essere tuttavia condannata qualora si fossero impiegati per raggiungere il fine voluto dei mezzi invalidanti la libertà del consenso (C. Torino, 4 dicembre 1900, *n.*), 290.

10. È eseguibile in Italia la sentenza straniera che pronunzia il divorzio fra stranieri, conformemente al loro statuto personale (A. Palermo, 15 settembre 1900, *n.*), 304.

11. Non possono ritenersi consumati, a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1429 c. c., i frutti che il marito abbia capitalizzati ed impiegati in proprio favore (A. Torino, 21 gennaio 1901. *n.*), 464.

12. I frutti della dote non sono pignorabili nè sequestrabili da parte dei creditori particolari del marito (A. Palermo, 19 aprile 1901, *n.*), 620.

13. Devono considerarsi *frutti consumati*, a sensi e per gli effetti di cui all'art. 1429 c. c., anche i frutti dei beni parafernali che il marito abbia capitalizzati ed impiegati in proprio nome (C. Roma (sez. un.), 22 giugno 1901, *n.*), 684.

14. La costituzione in dote alla moglie di una *azienda mercantile* previa stima delle merci esistenti nel negozio e senza dichiarazione che tale stima non ne produceva la vendita non fa passare l'azienda in proprietà del marito (A. Aquila, 25 settembre 1900, *n.*), 700.

15. I creditori del marito possono far valere la inefficacia della separazione della dote per non essere la medesima stata eseguita nei sessanta giorni di cui all'art. 1419 c. c., senza distinguere fra creditori anteriori e posteriori alla pronunzia (C. Palermo, 7 agosto 1900, *n.*), 701.

16. Anche alla vedova indotata appartiene il diritto di cui all'art. 1413 c. p. c. riguardo agli alimenti, all'abitazione e alle vesti di lutto (A. Catania, 12 aprile 1901, *n.*), 763.

17. Anche alla madre naturale si applicano le disposizioni degli articoli 237 e 238 c. c. riguardanti la madre di figli legittimi la quale intenda passare a nuovo matrimonio (A. Genova, 28 gennaio 1901, *n.*), 785.

18. Non può essere sanata con posteriore omologazione la nullità dell'alienazione o dell'obbligazione delle ragioni dotali, avvenuta senza precedente autorizzazione del tribunale (C. Palermo, 15 giugno 1901, *n.*), 847.

19. Non è tenuta alla restituzione del prezzo nè ai danni, ma solo, ove occorra, alle conseguenze dell'utile versione, la moglie che aliena un immobile dotale tacendone al compratore questa qualità (C. Palermo, 31 dicembre 1900, *n.*), 856.

— V. *Donazione*. 2 – *Donna maritata*.

Mediazione.

Il mediatore che non sia in colpa ha diritto a compenso per le sue prestazioni, anche nel caso in cui il contratto non si conchiuda (C. Firenze, 7 marzo 1901, *n.*), 450.

Medici e chirurghi.

1. In mancanza di patto contrario il Comune può sempre, per ragioni di pubblico interesse, incensurabili dall'autorità giudiziaria, ordinare al medico condotto pel suburbio di trasferire ivi la propria residenza.

2. Non ostano a ciò le circostanze che il medico sia divenuto stabile a sensi dell'art. 16 della legge 22 dicembre 1888, e che egli abbia prima di allora, senza opposizione da parte del Comune, tenuta sempre la sua dimora in città (A. Casale, 22 novembre 1900, *n.*), 142.

3. Il diritto alla stabilità, acquisito dal medico condotto in forza dell'art. 16 della legge 22 dicembre 1888, è subordinato alle esigenze del pubblico interesse ed ai casi di forza maggiore.

4. La circostanza che la superiore autorità amministrativa abbia imposto al Comune con provvedimento definitivo e irrevocabile, di far parte di un consorzio sanitario, costituisce un motivo giustificato di licenziamento del medico stabile.

5. Ma non può esimersi il Comune dal risarcire il danno arrecato dal licenziamento se abbia senz'altro accettata la deliberazione della Giunta P. A. ordinante la costituzione di consorzio, senza tentare i rimedi dalla legge concessi contro la medesima (C. Torino, 31 dicembre 1900, *n.*), 201.

6. Il Comune, che dopo avere (in seguito a concorso) nominato il medico condotto, procede alla nomina definitiva di altro medico al posto del primo, unicamente perchè la prima nomina sia stata annullata dal prefetto, e senza attendere l'esito del ricorso dell'interessato contro il decreto prefettizio, si rende responsabile del danno a costui derivato.

P

cura degli ammalati cronici attribuito all'Ospedale ricoverante verso il Comune cui incombe il carico della spedalità, è subordinato all'obbligo della immediata partecipazione dal seguito ricovero che l'Ospedale deve dare al Comune, e non sorge che dal giorno in cui detta partecipazione sia stata data.

5. Ciò vale anche nel caso in cui il ritardo nel dare la dovuta partecipazione fosse dipeso dalla difficoltà di stabilire il Comune d'origine.

6. Dette norme valgono anche nel caso in cui il ricorso del cronico fosse stato effettuato da un Comune, anzichè da un Ospedale.

7. Il diritto del Comune d'origine di rifiutare il rimborso della spesa relativa all'epoca anteriore alla detta partecipazione, sussiste anche se, dopo detta partecipazione, abbia lasciato il cronico dove era ricoverato, assumendosene il mantenimento (IV Sez., 11 gennaio 1901, *n.*), 475.

Spese giudiziali.

1. Il provvedimento di cui all'art. 379 c. p. c. deve essere chiesto e dato a pena di nullità dal presidente capo del collegio e non dal presidente della sezione che decise la causa (A. Palermo, 29 dicembre 1900, *n.*), 301.

2. La facoltà concessa ai procuratori a sensi dell'art. 373 c. p. c., di domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata a loro favore, non comprende i loro diritti nè gli onorari dell'avvocato (C. Roma, 9 aprile 1901, *n.*), 854.

Stampa.

1. La competenza a conoscere dei reati commessi mediante un giornale spetta al giudice del luogo dove il giornale si stampa e si presenta alla Procura e non a quello del luogo ove la pubblicazione ebbe sia pur la maggiore diffusione (Cass. 8 agosto 1900, *n.*), 310.

2. Essendo la pubblicazione di un giornale atto di commercio, è commerciale anche il *contratto di corrispondenza*, stipulato fra il proprietario del giornale ed il corrispondente.

3. Conseguentemente il corrispondente può convenire il proprietario avvalendosi del disposto dell'art. 91 c. p. c.

4. Il *contratto di corrispondenza* è una locazione d'opera; sicchè il proprietario del giornale non può licenziare il corrispondente senza accordargli un preavviso o una congrua indennità (T. Roma, 31 dicembre 1900, *n.*), 467.

Stato.

1. Dei rapporti di ragione fra la Chiesa e lo Stato, *S. Palomba*, 907.

2. Bibliografia, **49**, p. 921.

— V. *Danni*.

Statue, v. *Proprietà*, 3, 4.

Statuto del regno - Bibliografia, **52**, p. 921.

Storia del diritto.

1. Un caso di uccisione per difesa del pudore muliebre nel medio evo, *G. Biscaro*, 659, 743.

2. Lo spirito africano nell'antico diritto italico, *G. Curis*, 670.

3. Bibliografia, **3**, **5**, **6**, **15**, **46**, pp. 920, 921.

Strade, v. *Danni*.

Straniero, v. *Competenza civile - Contumacia penale - Ente morale*, 1-3 - *Matrimonio Spedalità*, 1.

Successione.

Beneficio d'inventario, 14.
Chiesa, 1.
Curatore speciale, 11.
Data del testamento, 6, 15.
Denunzia di successione, 7, 14.
Divisione d'ascendente, 12, 13.
Fallimento, 7.
Fedecommesso, 16.
Istituzione d'erede, 10, 11.
Legato, 2.
— di cosa altrui, 5.
Nascituri, 10, 11.
Separazione dei patrimoni, 3, 4.
Sostituzione *de eo quod supererit*, 8, 9.
— fedecommissaria, 16.
Termine, 2.
Testamento olografo, 6, 15.

1. La Chiesa cattolica romana è incapace di ricevere per testamento, ed è perciò ammissibile a sensi dell'art. 829 c. c. la prova diretta a dimostrare che la istituzione ereditaria di un vescovo sia una disposizione per interposta persona a favore della Chiesa (C. Torino, 19 luglio 1900, *n.*), 48.

2. Non è condizionale, ma a termine la disposizione testamentaria secondo cui il legato sarà pagato solo alla morte dello stesso legatario (C. Palermo, 9 giugno 1900, *n.*), 55.

3. La separazione del patrimonio del defunto non profitta ai creditori che non l'abbiano domandata.

4. Essa produce i suoi effetti anche quando non si presenti alcuno dei creditori dell'erede (C. Roma, 5 gennaio 1901, *n.*), 284.

5. La scienza del testatore che la cosa legata era altrui, a sensi e per gli effetti di cui agli art. 837 e 839 c. c., non occorre risulti da una clausola espressa, ma può anche essere desunta indirettamente dal contesto delle disposizioni testamentarie (C. Torino, 29 settembre 1900, *n.*), 294.

6. È nullo il testamento olografo in cui abbia il testatore scritta la data dopo la firma (C. Palermo, 5 marzo 1901, *n.*), 451.

T

U

V

Z

Avv. **Arturo Vedani**, *resp*.

Milano 1901 — Tip. Società Editrice Libraria — Via Disciplini, 15.